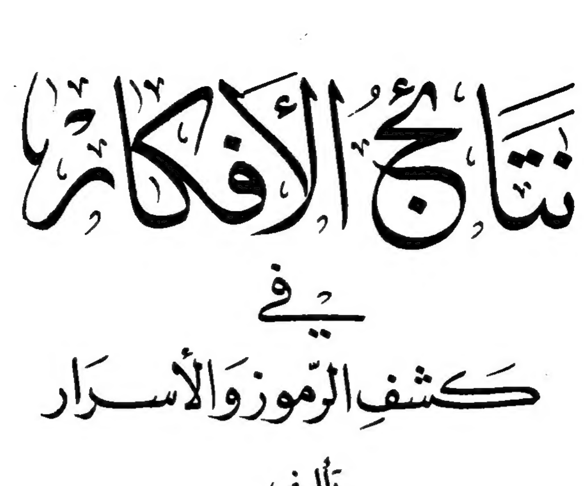


في كشف الرموز والأسرار

تأليف

شمس الدين أحمد بن قودر

المعروف بقاضي زاده أفندي قاضي عسكر روملي

وهي تكملة شرح فتح القدير

للإمام كمال الدين السيواسي المعروف بابن الهمام الحنفي

على

الهداية شرح بداية المبتدي

تأليف

شيخ الاسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني

المتوفى سنة ٥٩٣ هـ

علق عليه وخرج آياته وأحاديثه

الشيخ عبد الرزاق غالب المهدي

الجزء العاشر

يحتوي على الكتب التالية :

الكراهية - إحياء الموات - الأشربة - الصيد - الرهن - الجنايات

الديات - المعاقل - الوصايا - الخنثى

منشورات

محمد علي بيضون

لنشر كتب السنة والجماعة

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

منشورات محمد علي بيضون



دار الكتب العلمية

الطبعة الأولى

٢٠٠٣ م - ١٤٢٤ هـ

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

رمل الظريف - شارع البحتري - بناية ملكارت
الإدارة العامة: عرمون - القبة - مبنى دار الكتب العلمية
هاتف وفاكس: ٨٠٤٨١٠/١١/١٢/١٣ (٥ ٩٦١+)
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Beirut - Lebanon
Raml Al-Zarif, Bohtory Str., Melkart Bldg. 1st Floor
Head office
Aramoun - Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel & Fax: (+961 5) 804810 / 11 / 12 / 13
P.O.Box: 11-9424 Beirut - Lebanon

Dar Al-Kutub Al-ilmiyah
Beyrouth - Liban
Raml Al-Zarif, Rue Bohtory, Imm. Melkart, 1er Étage
Administration général
Aramoun - Imm. Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Tel & Fax: (+961 5) 804810 / 11 / 12 / 13
P.P: 11-9424 Beyrouth - Liban

ISBN 2-7451-4046-9



http://www.al-ilmiyah.com/

e-mail: sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
baydoun@al-ilmiyah.com

كتاب الكراهية

قال رضي الله عنه: تكلموا في معنى المكروه. والمروى عن محمد نصاً أن كل مكروه حرام، إلا أنه لما لم يجد فيه نصاً قاطعاً لم يطلق عليه لفظ الحرام. وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه إلى الحرام أقرب. وهو يشتمل على فصول منها:

كتاب الكراهية

أورد الكراهية بعد الأضحية لأن عامة مسائل كل واحدة منهما لم تخل من أصل أو فرع ترد فيه الكراهة؛ ألا يرى أن التضحية في ليالي أيام النحر مكروهة، وكذا التصرف في الأضحية بجزّ صوفها وحلب لبنها وإبدال غيرها مكانها، وكذلك ذبح الكتابي وغير ذلك، كما أن الأمر في كتاب الكراهية كذلك كذا في الشروح. ثم إن عبارات الكتب قد اختلفت في ترجمة هذا الكتاب، فقد سماه محمد في الجامع الصغير باسم الكراهية وعليه وضع الطحاوي في مختصره وتبعهما المصنف، وسماه محمد في الأصل بالاستحسان وعليه كتب كثير من مشايخنا كالكافي للحاكم الشهيد والمبسوط والمحيط والذخيرة والمغني وغيرها، وسماه الكرخي في مختصره بالحظر والإباحة، وتبعه القدوري في مختصره والإمام قاضيخان في فتاواه، وكذا وقع في التحفة والتتمة والإيضاح ﴿ولكل وجهة هو موليها﴾ البقرة (١٤٨). أما وجه التسمية بالكراهية فلأن بيان المكروه أهم لوجوب الاحتراز عنه. وأما وجه التسمية بالاستحسان فلأن فيه ما حسنه الشرع وما قبحه ولفظ الاستحسان أحسن فلقب به، أو لأن أكثر مسائلة استحسان لا مجال للقياس فيها. وأما وجه التسمية بالحظر والإباحة فلأن الحظر المنع والإباحة الإطلاق، وفيه ما منع عنه الشرع وما أباحه. كذا ذكر وجه كل منهما في الاختيار شرح المختار. وفي شرح الكنز للإمام الزيلعي: ثم إن الكراهية في اللغة مصدر كره الشيء كرها وكراهة وكراهية. قال في الميزان: هي ضد المحبة والرضا. قال الله تعالى: ﴿وعسى أن تكرهوا شيئاً وهو خير لكم وعسى أن تحبوا شيئاً وهو شرٌ لكم﴾ البقرة (٢١٦) فالمكروه خلاف المندوب والمحبوب لغة، والكراهة ليست بضد للإرادة عندنا فإن الله تعالى كاره للكفر والمعاصي: أي ليس براض بهما ولا

كتاب الكراهية

أورد الكراهية بعد الأضحية، لأن عامة مسائل كل واحدة لم تخل من أصل أو فرع ترد فيه الكراهة؛ ألا يرى أن وقت الأضحية من ليالي أيام النحر وفي التصرف في الأضحية بجزّ الصوف وحلب اللبن وفي إقامة غيره مقامه كيف تحققت الكراهة، وفي كتاب الكراهية أيضاً كذلك. قوله: **(واللبن متولد من اللحم فأخذ حكمه)** يرد عليه لبن الخيل على قول أبي حنيفة في رواية هذا الكتاب حيث جعل لبنه حلالاً مما لا بأس به وأكل لحمه محرماً مع أن الخيل متولد من لحمه فلا بد من زيادة قيد، وهو أن يقال بعد قوله فأخذ حكمه فيما لم يختلف ما هو المطلوب من كل واحد منهما لما أن المقصود من تحريم

كتاب الكراهية

فصل في الأكل والشرب

قال: (**أبو حنيفة رحمه الله: يكره لحوم الأتن وألبانها وأبوال الإبل. وقال أبو يوسف ومحمد: لا بأس بأبوال الإبل**). وتأويل قول أبي يوسف أنه لا بأس بها للتداوي. وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم في الصلاة والذبائح فلا

محب لهما. وإن كان الكفر والمعاصي بإرادة الله تعالى ومشيئته. وعند المعتزلة هي ضد الإرادة أيضاً على ما عرف في أصول الكلام. وأما معنى الكراهية في الشريعة فما هو مذكور في الكتاب قوله قال رضي الله عنه: (**تكلموا في معنى المكروه**) يعني اختلف أصحاب الشرع في معنى المكروه، فروي عن محمد أنه نص على أن كل مكروه حرام إلا أنه لما لم يجد فيه نصاً قاطعاً لم يطلق عليه لفظ الحرام فكان نسبة المكروه إلى الحرام عنده كنسبة الواجب إلى الفرض في أن الأول ثابت بدليل قطعي والثاني ثابت بدليل ظني. وروي عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه إلى الحرام أقرب. ثم إن هذا حدّ المكروه كراهة تحريم. وأما كراهة المكروه كراهة تنزيه فإلى الحلّ أقرب. هذا خلاصة ما ذكروا في الكتب، ولبعض المتأخرين هنا كلمات طويلة الذيل لا حاصل لها تركنا التعرض لها لما في تضاعيفها من الاختلال كراهة الإطناب قوله قال أبو حنيفة: (**يكره لحوم الأتن وألبانها وأبوال الإبل. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: لا بأس بأبوال الإبل**) قال جماعة من الشراح: خص الأتن مع كراهة لحم سائر الحمر ليستقيم عطف الألبان عليه، إذ اللبن لا يكون إلا من الأتان انتهى. يعنون أنه لو قال تكره لحوم الحمر وألبانها لرجع الضمير في ألبانها إلى الحمر المذكور فيما قبل، وذلك يعم الذكور والإناث، فلا يستقيم عطف الألبان مضافة إلى الضمير الراجع إلى مطلق الحر على ما قبلها، لأن الألبان لا تتصورّ في ذكور الحمر وإنما تتحقق في إناثها التي هي الأتن. نعم يمكن تصحيح ذلك أيضاً بتقدير وتأويل، لكن مرادهم عدم استقامة ذلك نظراً إلى ظاهر التركيب فسقطت عن كلامهم مؤاخذة بعض المتأخرين وقال ذلك البعض: وإنما خص كراهة لحم الأتن بالذكر ولم يذكر كراهة لحم غيرها مما سبق في كتاب الذبائح، لأنه لما عنون الفصل بأنه في الأكل والشرب وقد ذكر في الذبائح جميع ما لا يؤكل لحمه ولو أعاد كلها يلزم التكرار فذكر بعضاً منها تذكيراً للبواقي انتهى. أقول: ليس هذا مما يعتد به، لأن حديث عنوان الفصل بأنه في الأكل والشرب لا يفيد شيئاً فيما نحن فيه أصلاً، فإن ما يتعلق بالأكل والشرب في هذا الفصل غير منحصر في هذه المسألة، بل كثير من المسائل الآتية المذكورة في هذا الفصل من مسائل الأكل والشرب أيضاً، فيصح عنوان الفصل بالأكل والشرب. سواء لم تذكر هذه المسألة فيه أصلاً أو ذكر معها غيرها أيضاً مما سبق في الذبائح. وأما حديث ذكر بعض من المسائل السابقة في الذبائح تذكيراً للبواقي فغير تام أيضاً، لأن ذكر ما ذكر مر وبين مستوفى تذكيراً لبواقي المذكورات ليس من دأب المصنفين ولا مما يهم أصلاً. ثم أقول: الأوجه أن يقال: إنما خص الأتن بالذكر مع كراهة لحوم غيرها أيضاً لأن جميع ما لا يؤكل لحمه قد ذكر في الذبائح مستوفى. وكراهة لحوم الأتن إنما ذكرت ها هنا توطئة لكراهة ألبانها التي لم تذكر فيما مرّ قط، ولا مدخل لكراهة لحوم غيرها في التوطئة لذلك فلا جرم خص الأتن بالذكر دون غيرها. ثم قال ذلك البعض: وأما حكم أبوال الإبل فإنما ذكره

لحمه عدم تقليل آلة الجهاد ولا يوجد ذلك في اللبن فكان شربه مما لا بأس به. وقوله ﷺ «إنما يجرجر في بطنه نار جهنم» قيل معناه: يردد، من جرجر الفحل: إذا ردد صوته في حنجرته، وناراً منصوب على ما هو المحفوظ من الثقات، قوله: (**لأنه في معناه**) أي لأن الادّهان من آنية الذهب في معنى الشرب منها، لأن كلاً منهما استعمال لها والمحرم هو الاستعمال. قيل صورة الادّهان المحرم هو أن يأخذ آنية الذهب أو الفضة ويصب الدهن على الرأس، وأما إذا أدخل يده فيها وأخذ الدهن ثم

فصل في الأكل والشرب

قوله: (**ألا يرى أن في وقت الأضحية الخ**) أقول: الكراهية بالحقيقة هي في التضحية لا في الوقت ففيه تجوز قوله: (**وفي كتاب الكراهية أيضاً كذلك**) أقول: فيه بحث، إلا أن المراد تحقق فيه الكراهية في أشياء كثيرة.

نعيدها، واللبن متولد من اللحم فأخذ حكمه. قال: **(ولا يجوز الأكل والشرب والادهان والتطيب في آنية الذهب والفضة للرجال والنساء)** لقوله عليه الصلاة والسلام في الذي يشرب في إناء الذهب والفضة «إنما يجرجر في بطنه نار جهنم»[١] وأتى أبو هريرة رضي الله عنه بشراب في إناء فضة فلم يقبله وقال: نهانا عنه رسول الله ﷺ[٢]. وإذا

المصنف فيما سبق. وذكره محمد ها هنا في الجامع الصغير، فليس فيه التكرار حتى يحتاج فيه إلى الاعتذار انتهى كلامه. **أقول**: ليس هذا بكلام صحيح. لأن المصنف أيضاً ذكره ها هنا في الهداية والبداية فلزمه التكرار قطعاً. وإنما لم يلزمه التكرار لو ذكره محمد في الجامع الصغير ولم يذكره المصنف ها هنا. وأما كون مأخذ ما ذكره المصنف ها هنا ما ذكره محمد في الجامع الصغير فلا يجدي شيئاً في دفع التكرار، لأن المصنف ليس في حيز الاجتهاد، فكل ما ذكره مأخوذ من قول مجتهد، فإذا ذكر مسألة مرتين لزم التكرار لا محال قوله: **(وتأويل قول أبي يوسف لا بأس به للتداوي)** إنما احتاج المصنف إلى هذا التأويل لأن مذهب أبي يوسف أن بول ما يؤكل لحمه نجس لما مر في كتاب الطهارات فلزم أن يكون شربه حراماً. والمفهوم من قوله ها هنا: وقال أبو يوسف ومحمد: لا بأس بأبوال الإبل حلّ شربها عند أبي يوسف أيضاً. فأول المصنف قول أبي يوسف المذكور ها هنا بنفي البأس عن شربها للتداوي، وشربها للتداوي ليس بحرام عنده وإن كانت نجساً تمسكا بقصة العرنيين كما مر بيانه في كتاب الطهارات. قال صاحب غاية البيان في هذا المقام: وأما قول أبي يوسف ومحمد في الجامع الصغير: لا بأس بذلك، فمنصرف إلى لحم الفرس خاصة، لأن بول الإبل نجس عند أبي يوسف، إلا أنه أطلق شربه للتداوي، وقد مرّ بيانه في كتاب الطهارات في فصل البئر انتهى. **أقول**: فيه نظر، لأن لفظ محمد في الجامع الصغير هكذا: محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة قال: أكره شرب أبوال الإبل وأكل لحوم الفرس. وقال أبو يوسف ومحمد: لا بأس بذلك كله إلى هنا لفظ محمد في الجامع الصغير. وقد اعترف به الشارح المذكور حيث ذكر لفظه هكذا بعينه: ولا يذهب عليك أن عبارة كله في قوله وقال أبو يوسف ومحمد لا بأس بذلك كله تمنع من أن يكون قول أبي يوسف ومحمد في الجامع الصغير منصرفاً إلى لحم الفرس خاصة، بل يقتضي شموله لأبوال الإبل أيضاً قوله: **(وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم في الصلاة والذبائح فلا نعيدها)** **أقول**: في رواج هذه الحوالة بحث، فإن ألبان الأتن من هذه الجملة ولم تبين فيما تقدم قط، وكذا أبوال الإبل من هذه الجملة ولم تبين في شيء من كتابي الصلاة والذبائح، وإنما بينت في كتاب الطهارات في فصل البئر في ضمن بيان بول ما يؤكل لحمه مطلقاً، وعن هذا قال صاحب الكافي وقد مرّت هذه

صبه على الرأس من اليد لا يكره. قال صاحب النهاية: هكذا ذكره صاحب الذخيرة في الجامع الصغير، وأرى أنه مخالف لما ذكره المصنف في المكحلة، فإن الكحل لا بد وأن ينفصل عنها حين الاكتحال، ومع ذلك فقد ذكرها من المحرمات.

قوله: **(يرد عليه لبن الخيل الخ)** **أقول**: فيه بحث قوله: **(وهو أن يقال بعد قوله فأخذ حكمه فيما لم يختلف ما هو المطلوب)** **أقول**: فيه بحث، والأولى أن يقال إذا وجد جهة الحرمة فيه أيضاً.

---

(١) صحيح، أخرجه البخاري ٥٦٣٤ ومسلم ٢٠٦٥ ومالك ٢/ ٩٢٤ ـ ٩٢٥ والطيالسي ١٦٠١ والدارمي ٢/ ١٢١ وابن ماجه ٣٤١٣ وابن أبي شيبة ٨/ ٢٠٩ وعبد الرزاق ١٩٩٢٦ وأحمد ٦/ ٣٠٠ ـ ٣٠١ ـ ٣٠٢ ـ ٣٠٦ وابن حبان ٥٣٤١ ـ ٥٣٤٢ والبغوي ٣٠٣٠ والبيهقي ١/ ٢٧ وعلي بن الجعد ٣١٣٧ من طرق كلهم من حديث أم سلمة واللفظ لمسلم، وأحمد، وابن حبان. وليس في البخاري ذكر الذهب.

(٢) غريب من رواية أبي هريرة. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٢٢٠ قال: وقد ورد عن حذيفة وهو الآتي. وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ٢١٨: لم أجده اهـ.

وقد أخرجه البخاري ٥٤٢٦ و ٥٦٣٣ و ٥٨٣٧ ومسلم ٢٠٦٧ وأبو داود ٣٧٢٣ والترمذي ١٨٧٨ والنسائي ٨/ ١٩٨ ـ ١٩٩ وابن ماجه ٣٤١٤ والحميدي ٤٤٠ والدارمي ٢/ ١٢١ وابن الجارود ٨٦٥ وابن أبي شيبة ٨/ ٢١٠ وعبد الرزاق ١٩٩٢٨ وأحمد ٥/ ٣٨٥ ـ ٣٩٧ وابن حبان ٥٣٣٩ من طرق كلهم عن حذيفة: أنه استسقى فسقاه مجوسي في إناء من فضة فقال: إني سمعت رسول الله ﷺ يقول: لا تلبسوا الحرير، ولا الديباج، ولا تشربوا في آنية الذهب والفضة، ولا تأكلوا في صحافها، فإنها لهم في الدنيا ولكن في الآخرة. هذا اللفظ للبخاري ومسلم في رواية وغيرهما. وهو في معنى ما ذكر المصنف صاحب الهداية عن أبي هريرة.

ثبت هذا في الشرب فكذا في الادّهان ونحوه لأنه في معناه ولأنه تشبه بزيّ المشركين وتنعم بنعم المترفين والمسرفين. وقال في الجامع الصغير: يكره ومراده التحريم ويستوي فيه الرجال والنساء لعموم النهي. وكذلك الأكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميل الذهب والفضة وكذا ما أشبه ذلك كالمكحلة والمرآة وغيرهما لما ذكرنا. قال: **(ولا بأس باستعمال آنية الرصاص والزجاج والبلور والعقيق)** وقال الشافعي: يكره لأنه في معنى الذهب والفضة في التفاخر به. قلنا: ليس كذلك. لأنه ما كان من عادتهم التفاخر بغير الذهب والفضة. قال: **(ويجوز الشرب في الإناء المفضض عند أبي حنيفة والركوب على السرج المفضض والجلوس على الكرسي المفضض والسرير المفضض إذا**

الجملة في كتاب الطهارة والذبائح. ويمكن أن يتمحل في توجيه كل من هاتين الصورتين. أما في توجيه الصورة الأولى منهما فبأن يحمل المراد بهذه الجملة في قوله قد بينا هذه الجملة على ما عدا الألبان بقرينة بيان كراهة اللبن بعد قوله فلا نعيدها بقوله واللبن يتولد من اللحم فأخذ حكمه. وأما في توجيه الصورة الثانية منهما فبأن الطهارة لما كانت من شروط الصلاة ومباديها عبر المصنف عن كتاب الطهارات بكتاب الصلاة مسامحة. قال بعض المتأخرين: وإنما قال في الصلاة مع أن البيان لم يكن فيها بل في كتاب الطهارة في فصل البئر إشارة إلى أنه ينبغي أن يذكر مسائل الطهارة في فصل من فصول كتاب الصلاة كما وقع في فتاوى قاضيخان وأن لا يترجم لها كتاب على حدة انتهى. **أقول:** ليس هذا شيء لأن مآله أن يكون مراد المنصف بتعبيره المذكور الإشارة إلى تقبيح نفسه فيما فعله في أول كتابه من ترجمة الطهارات بكتاب على حدة دون فصل من فصول كتاب الصلاة، وهل يليق بالعاقل أن يقصد الإشارة إلى مثل ذلك. على أن الشراح ذكروا قاطبة في أول الكتاب وجهاً وجيهاً لإيراد الطهارة في كتاب مستقل، فكون الذي ينبغي أن يذكر مسائل الطهارة في فصل من فصول الصلاة ممنوع، وعن هذا ترى أكثر ثقات السلف والخلف ذكروا مسائل الطهارة في كتاب على حدة وقال ذلك البعض: ثم إن المصنف بين فيما تقدم أن شرب أبوال الإبل حرام عند أبي حنيفة رحمه الله مطلقاً، وحلال عند محمد رحمه الله مطلقاً، وللتداوي فقط عند أبي يوسف، وذكر أدلتهم هناك، لكن بنى دليل محمد على طهارته، مع أن استلزام طهارته حلّ شربه غير ظاهر، وأن طهارته لم تلزم عنده إلا من حله الثابت بقوله عليه الصلاة والسلام «ما وضع شفاؤكم فيما حرّم عليكم»[1] كما سبق، فبناء حله

قوله: **(من آنية الذهب)** أقول: والفضة كذلك قوله: **(قيل صورة الأدهان المحرم، إلى قوله: لا يكره)** أقول: وفي شرح: ويحتمل هذا التفصيل في الأكل والشرب أيضاً قوله: **(وأرى أنه مخالف لما ذكره المصنف في المكحلة، إلى قوله: في المحرمات الخ)** أقول: لكن المكتحل يأخذ المكحلة بيده ويضع فيها الميل، بخلاف الآنية إذ لا يحتاج فيه إلى الأخذ باليد.

---

(١) يشبه الحسن. أخرجه ابن حبان ١٣٩١ وأبو يعلى ٦٩٦٦ وأحمد في الأشربة ١٥٩ والطبراني ٢٣ (٧٤٩) كلهم من حديث أم سلمة قالت: اشتكت ابنة لي، فنبذت لها في كوز، فدخل النبي ﷺ وهو يغلي فقال: ما هذا؟ فقلت: إن ابنتي اشتكت فنبذنا لها هذا فقال: إن الله لم يجعل شفاءكم في حرام.

ومداره على حسان بن مخارق وثقه ابن حبان، وذكره البخاري، وابن أبي حاتم في الجرح والتعديل فلم يذكرا فيه جرحاً أو تعديلاً. وباقي رجاله رجال البخاري ومسلم.

وله شاهد. أخرجه الطبراني كما في المجمع ٨٦/٥ من حديث أم الدرداء مرفوعاً: إن الله خلق الداء، والدواء، فتداووا، ولا تتداووا بحرام.

وقال الهيثمي: رجاله ثقات اهـ.

والمشهور في هذا الخبر هو من قول ابن مسعود.

ذكره البخاري في كتاب الأشربة ٧٤ باب ١٥ بقوله: وقال ابن مسعود في السكر: إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم. ووصله أحمد في الأشربة، والطبراني في الكبير ٩٧١٦ والحاكم ٢١٨/٤ والبيهقي ٥/١٠ وذكره الهيثمي في المجمع ٨٦/٥ وشبه للطبراني وقال: رجاله ثقات.

وقال ابن حجر في الفتح ٧٩/١٠: وأخرجه ابن أبي شيبة عن ابن مسعود بسند صحيح اهـ. وهو في مصنفه ٢٣/٧.

وقال ابن حجر في تلخيص الحبير ٧٥/٤: الطرق إلى ابن مسعود صحيحة وقد أوردته في تغليق التعليق اهـ.

الخلاصة: حديث أم سلمة غير قوي لأن حسان بن مخارق غير مشهور ولم يرو له أحد من أصحاب الكتب الستة. وقد ذكره البخاري جازماً به عن ابن مسعود من قوله. فهو يقرب من الحسن ولا يتعداه وابن حبان متساهل في توثيق المجاهيل. والله تعالى أعلم.

تنبيه: وأما اللفظ الذي ذكره المصنف فهو غريب.

كان يتقي موضع الفضة) ومعناه: يتقي موضع الفم، وقيل هذا وموضع اليد في الأخذ وفي السرير والسرج موضع الجلوس. وقال أبو يوسف: يكره ذلك. وقول محمد يروى مع أبي حنيفة ويروى مع أبي يوسف. وعلى هذا الخلاف الإناء المضبب بالذهب والفضة والكرسي المضبب بهما. وكذا إذا جعل ذلك في السيف والمشحذ وحلقة المرآة. أو جعل المصحف مذهباً أو مفضضاً. وكذا الاختلاف في اللجام والركاب والثفر إذا كان مفضضاً. وكذا الثوب فيه كتابة بذهب أو فضة على هذا. وهذا الاختلاف فيما يخلص. فأما التمويه الذي لا يخلص فلا بأس به بالإجماع.

على طهارته دور ظاهر، إلى هنا كلامه. أقول: حديث الدور ساقط جداً، لأن حله إنما يكون علة لطهارته في العقل بأن يصير دليلاً عليها. وأما طهارته فإنما تكون علة لحله في الخارج فاختلفت الجهة، وهذا نظير ما قالوا في العلوم العقلية أن الحمى علة للعفونة في الذهن والعفونة علة للحمى في الخارج، فالاستدلال بالحمى على العفونة برهان أني وبعكسه برهان لمي ولا دور أصلاً، وهكذا الحال بين كل مؤثر وأثره، فإن الأول علة للثاني في الخارج وإن كان الثاني علة للأول في العقل: أي دليلاً عليه، ومن هذا القبيل استدلالنا بوجود العالم على وجود الصانع قوله: **(وإذا ثبت هذا في الشرب فكذا في الادّهان ونحوه لأنه في معناه)** أي لأن الادّهان في آنية الذهب أوالفضة ونحوه في معنى الشرب منها لأن كلاً من ذلك استعمال لها. والمحرّم هو الاستعمال بأيّ وجه كان لما فيه من التجبر والإسراف فيشمل الادّهان والتطيب أيضاً. وفي النهاية قيل: صورة الادّهان المحرم هو أن يأخذ آنية الذهب أو الفضة ويصبّ الدهن على الرأس. أما إذا أدخل يده فيها وأخذ الدهن ثم صبه على الرأس من اليد لا يكره. كذا ذكره صاحب الذخيرة في الجامع الصغيرة اهـ. قال صاحب العناية بعد نقل ذلك: وأرى أنه مخالف لما ذكره المصنف في المكحلة فإن الكحل لا بدّ وأن ينفصل عنها حين الاكتحال. ومع ذلك فقد ذكره في المحرمات انتهى. أقول: يمكن دفع المخالفة بين القولين بأن المحرم في أواني الذهب والفضة وآلاتها هو استعمالها، واستعمال آنية الذهب أو الفضة عند إرادة الأدهان منها إنما يتحقق في العرف والعادة بأخذ آنيتهما وصب الدهن منها على البدن لا بإدخال اليد فيها وأخذ الدهن ثم صبه على البدن. وأما استعمال مكحلة الذهب أو الفضة فإنما يتصوّر عادة بإدخال الميل فيها ثم الاكتحال به فانفصال الكحل عنها حين الاكتحال لا يقدح في تحقق استعمالها فافترقا. واعترض صاحب التسهيل على ما قيل في صورة الادّهان المحرم بوجه آخر. وهو أنه يقتضي أن لا يكره إذا أخذ الطعام من آنية الذهب أو الفضة بملعقة ثم أكل منها، وكذا إذا أخذه بيده وأكله منها. وأجاب عنه صاحب الدرر والغرر بما يقرب مما ذكرناه في دفع ما قاله صاحب العناية في المكحلة حيث قال بعد ذكر ذلك الاعتراض أقول: منشؤه الغفلة عن معنى عبارة المشايخ وعدم الوقوف على مرادهم. أما الأول فلأن من في قولهم من إناء ذهب ابتدائية. وأما الثاني فلأن مرادهم أن الأدوات المصنوعة من المحرمات إنما يحرم استعمالها إذا استعملت فيما صنعت له بحسب معارف الناس. فإن الأواني الكبيرة المصنوعة من الذهب والفضة لأجل أكل الطعام إنما يحرم استعمالها إذا أكل الطعام منها باليد أو الملعقة، لأنها وضعت لأجل ابتداء الأكل منها باليد أو الملعقة في العرف. وأما إذا أخذ منها ووضع على موضع مباح فأكل منه لم يحرم لانتفاء ابتداء الاستعمال منها، وكذا الأواني الصغيرة المصنوعة لأجل الادّهان ونحوه إنما يحرم استعمالها إذا أخذت وصب منها الدهن على الرأس أو على اليد، لأنها إنما صنعت لأجل الادّهان منها بذلك الوجه. وأما إذا أدخل يده فيها وأخذ الدهن وصبه على الرأس من اليد فلا يكره لانتفاء ابتداء الاستعمال منها، فظهر أن مرادهم أن يكون ابتداء الاستعمال المتعارف من ذلك المحرم، إلى هنا كلامه. أقول: فيه نوع استدراك بل اختلال، فإن قوله منشؤه الغفلة عن معنى عبارة المشايخ ثم بيانه إياه بقوله أما الأوّل فإن «من» في

المضبب المشدود بالضباب جمع ضبة، وهي جديدة عريضة. والمشحذ: المسن. والثفر: ما يجعل تحت ذنب الدابة. **(ولأبي حنيفة رحمه الله أن ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع)** حكي أن هذه المسألة وقعت في دار جعفر الدوانقي بحضرة أبي حنيفة

لهما أن مستعمل جزء من الإناء مستعمل جميع الأجزاء فيكره. كما إذا استعمل موضع الذهب والفضة. ولأبي حنيفة رحمه الله أن ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع فلا يكره. كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب ومسمار الذهب في الفص. قال: **(ومن أرسل أجيراً له مجوسياً أو خادماً فاشترى لحماً فقال اشتريته من يهودي أو نصراني أو مسلم وسعه أكله)** لأن قول الكافر مقبول في المعاملات لأنه خبر صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة إلى قبوله لكثرة وقوع المعاملات **(وإن كان غير ذلك لم يسعه أن يأكل منه)** معناه: إذا كان ذبيحة غير

قولهم من إناء ذهب ابتدائية أمر زائد بل مختل. أما أولاً فلأن المذكور في عبارة عامة المشايخ في آنية الذهب والفضة بكلمة في بدل كلمة من، وعليه عبارة الكتاب والجامع الصغير والمحيط والذخيرة وعامة المعتبرات، وإنما وقعت كلمة من في كلام بعض المتأخرين من أصحاب المتون. وأما ثانياً فلأنه لا تأثير للابتداء في تمشية الجواب الذي ذكره ها هنا، إذا يكفي فيها الفرق بين الاستعمال المتعارف وغيره، سواء كان الاستعمال في الابتداء أو في الانتهاء، يظهر ذلك بالتأمل الصادق والذوق السليم. ثم إن بعض المتأخرين بعد أن ذكر الجواب المزبور وطعن في بعض عباراته قال: والحق أن الفرق بين صور الأذهان ليس بما ذكره المجيب، بل بوجود مماسة اليد بالإناء وقت الاستعمال في الصورتين وعدمها في الثالثة. فإن للمماسة تأثيراً في الحرمة كما سيجيء من وجوب الاتقاء عن موضع الفضة في الإناء المفضض أو المضبب وقت الشرب فتأمل انتهى. أقول: يرد على هذا الفرق الذي زعمه حقاً النقض الذي أورده صاحب التسهيل، فإنه إذا أخذ الطعام من آنية الذهب أو الفضة بملعقة ثم أكل منها أو أخذه بيده وأكله منها لم يوجد هناك مماسة اليد بالآنية مع أنه يكره بلا شك، فالمخلص الكلي هنا إنما يحصل بالمصير إلى الفرق بين الاستعمال المتعارف وغيره لا بغير ذلك، وأما الإناء المفضض أو المضبب فبمعزل عما نحن فيه، فإنه ليس بخالص فضة أو ذهب بل هو مركب من لوح وفضة أو ذهب، فاعتبر أبو حنيفة في حرمة الشرب منه مماسة العضو بالجزء الذي هوالفضة أو الذهب ولم يعتبرها صاحباه. ولكل من الجانبين أصل يأتي بيانه قوله: **(لهما أن مستعمل جزء من الإناء مستعمل جميع الأجزاء فيكره)** جمعهما في التعليل جرياً على رواية كون قول محمد في هذه المسألة مع أبي يوسف وإن كان أفرد أبا يوسف في بيان الحكم فيما قبل. وأما صاحب الكافي فأفرده ها هنا أيضاً حيث قال: احتج أبو يوسف بعموم ما ورد من النهي. وردّ عليه بعض المتأخرين حيث قال بعد نقل ما في الكافي: قلت ورد النهي عن الشرب في إناء الذهب والفضة[1] كما سبق. وصدقه على المفضض والمضبب ممنوع. وقال في الحاشية رداً لما في الكافي من احتجاج أبي يوسف. أقول: ليس ذلك بتامّ لأن ما ورد من النهي عن الشرب في إناء الذهب والفضة إن لم يعم المفضض والمضبب عبارة يعمهما دلالة كعمومه للادّهان منه ونحوه، وكعمومه للأكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميل الذهب، وكذا ما أشبه ذلك كالمكحلة والمرآة وغيرهما. فإن المدار في كلها تناول النهي الوارد المذكور لكل منها دلالة كما صرحوا به وعن هذا قال في المحيط البرهاني حجتهما العمومات الواردة بالنهي عن استعمال الذهب والفضة. ومن استعمل إناء كان مستعملاً كل جزء منه فكره، وهذا لأن الحرمة في استعمال الذهب والفضة في الإناء وغيره إنما كانت للتشبه بالأكاسرة والجبابرة، فكل ما كان بهذا المعنى يكره بخلاف خاتم الفضة

وأئمة عصره رحمهم الله، فقال الأئمة: يكره، فقيل لأبي حنيفة: ما تقول؟ فقال: إن وضع فمه على الفضة يكره وإلا فلا، فقيل له: ما الحجة فيه؟ فقال: أرأيت لو كان في أصبعه خاتم فضة فشرب من كفه أيكره؟ فوقف كلهم وتعجب أبو جعفر. قال: **(ومن أرسل أجيراً له مجوسياً الخ)** كلامه واضح. وقوله: **(لأنه لما قبل قوله في الحلّ)** يعني في قوله وسعه أكله فإنه يتضمن الحل لا محالة أولى أن يقبل في الحرمة، لأن الحرمة مرجحة على الحل دائماً، وأتى برواية الجامع الصغير لأن الهدية

---

(١) تقدم في أول الباب

الكتابي والمسلم. لأنه لما قبل قوله في الحل أولى أن يقبل في الحرمة. قال: **(ويجوز أن يقبل في الهدية والإذن قول العبد والجارية والصبي)** لأن الهدايا تبعث عادة على أيدي هؤلاء. وكذا لا يمكنهم استصحاب الشهود على الإذن عند الضرب في الأرض والمبايعة في السوق، فلو لم يقبل قولهم يؤدي إلى الحرج. وفي الجامع الصغير: إذا قالت جارية لرجل بعثني مولاي إليك هدية وسعه أن يأخذها. لأنه لا فرق بين ما إذا أخبرت بإهداء المولى غيرها أو نفسه لما قلنا قال: **(ويقبل في المعاملات قول الفاسق. ولا يقبل في الديانات إلا قول العدل)** ووجه الفرق أن

والمنطقة حيث لا يكره لأن الرخصة جاءت في ذلك نصاً، أما ها هنا بخلافه، إلى هنا لفظ المحيط تأمل. وقال الإمام الزيلعي في شرح الكنز: لأبي يوسف ما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه عليه الصلاة والسلام قال «من شرب في إناء ذهب أو فضة أو إناء فيه شيء من ذلك فإنه يجرجر في بطنه نار جهنم»[1] رواه الدارقطني انتهى. وردّ عليه أيضاً ذلك البعض حيث قال بعد نقل ذلك: قلت لو ثبت هذا كان حجة قاطعة على أبي حنيفة رحمه الله، لكن لم نجده في روايات البخاري وغيره إلا خالياً عن زيادة «أو إناء فيه شيء من ذلك»[2] وقال في الحاشية: رد لما ذكره الزيلعي من احتجاج أبي يوسف انتهى. أقول: عدم وجدانه تلك الزيادة فيما رآه من روايات البخاري وغيره لا يدل على عدم وجودها في رواية أخرى لم ير محلها، وقد بين الإمام الزيلعي طريق إخراج ما ذكره من الحديث حيث قال: رواه الدارقطني، فكيف يصح أن يجعل ذلك البعض مجرد عدم اطلاعه على ذلك رداً له وهو ليس من فرسان ميدان[3] علم الحديث كما لا يخفى قوله: **(معناه إذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم)** أقول: كان الأظهر أن يقال: معناه إذا كان قوله غير ذلك بأن قال اشتريته من غير الكتابي والمسلم، لأن المقصود بالبيان هنا كون قول الكافر مقبولاً فيما هو من جنس المعاملات سواء تضمن الحلّ أو الحرمة، لا كون ذبيحة المسلم والكتابي مما يؤكل دون ذبيحة غيرهما فإنه من مسائل كتاب الذبائح وقد مرّ مستوفى، وعبارة المصنف توهم أصالة الثاني كما ترى. ثم إنه لو قال في المتن: وإن قال غير ذلك بدل قوله وإن كان غير ذلك لكان أظهر من الكل، وكان أوفق لما قبله وهو قوله وقال اشتريته من يهودي أو نصراني أو مسلم، إلا أنه لم يغير لفظ محمد رحمه الله في الجامع الصغير تبرّكاً به قوله: **(لأنه لما قبل قوله في الحل أولى أن يقبل في الحرمة)** قال صاحب العناية في شرح هذا المحل: قوله لأنه لما قبل قوله في الحل: يعني في قوله وسعه أكله، فإنه يتضمن الحل لا محالة أولى أن يقبل في الحرمة لأن الحرمة مرجحة على الحل دائماً انتهى. أقول: في تفسيره قول المصنف في الحل بقوله يعني في قوله وسعه أكله ركاكة جداً، لأن قوله وسعه أكله جواب المسألة فهو في قوة أن يقال يقبل قوله فيما أخبر به لأنه ثمرة قبول قوله فيما أخبر

فيها نفس الجارية، وقوله: **(لما قلنا)** راجع إلى قوله الهدايا تبعث عادة على أيدي هؤلاء. وقوله: **(ولا يقبل فيها)** اي في العبادات **(قول المستور)** وقوله: **(جرياً على مذهبه أنه يجوز القضاء به)** يعني إذا لم يطعن الخصم، وظاهر الرواية أصح لأنه

قوله: **(لأن الهدايا تبعث على أيدي هؤلاء عادة)** أقول: يمكن أن يمنع اشتراك العادة.

---

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ١/ ٤٠ والبيهقي ١/ ٢٨ ـ ٢٩ كلاهما من حديث ابن عمر.
وقال الدارقطني: إسناده حسن!
وقال البيهقي: ورويناه من طريق الدارقطني، وكذلك أخرجه أبو الوليد الفقيه دون ذكر عبد الله بن مطيع والمشهور في المضبب عن ابن عمر موقوفاً عليه اهـ.
وقال ابن التركماني في الجوهر النقي: قال ابن القطان: هذا الحديث لا يصح فيه زكريا بن إبراهيم بن عبد الله بن أبي مطيع، وزكريا وأبوه لا يُعرف لهما حال.

(٢) هذا اللفظ تفرد به الدارقطني وكذا البيهقي إلا أنه ضعفه وكذا ضعفه ابن القطان كما ذكر ابن التركماني في الجوهر النقي ووافق. وهو كما قالوا فيه مجاهيل.

(٣) لكن تقدم رده من قبل بعض فرسان الحديث منهم ابن القطان والبيهقي وابن التركماني وفيه مجاهيل.

المعاملات يكثر وجودها فيما بين أجناس الناس. فلو شرطنا شرطاً زائداً يؤدي إلى الحرج فيقبل قول الواحد فيها عدلاً كان أو فاسقاً كافراً أو مسلماً عبداً أو حراً ذكراً أو أنثى دفعاً للحرج. أما الديانات فلا يكثر وقوعها حسب وقوع المعاملات فجاز أن يشترط فيها زيادة شرط. فلا يقبل فيها إلا قول المسلم العدل لأن الفاسق متهم والكافر لا يلتزم الحكم فليس له أن يلزم المسلم، بخلاف المعاملات لأن الكافر لا يمكنه المقام في ديارنا إلا بالمعاملة. ولا يتهيأ له المعاملة إلا بعد قبول قوله فيها فكان فيه ضرورة. ولا يقبل فيها قول المستور في ظاهر الرواية. وعن أبي حنيفة أنه يقبل قوله فيها جرياً على مذهبه أنه يجوز القضاء به. وفي ظاهر الرواية هو والفاسق فيه سواء حتى يعتبر

به، ولا حاصل له بل هو من قبيل اللغو من الكلام. والحق عندي في شرح كلام المصنف هنا أن يقال: يعني أنه لما قيل قوله في الحل: أي فيما يتضمن الحل وهو قوله اشتريته من يهودي أو نصراني أو مسلم فإنه يتضمن إثبات حلّ أكل ما اشتراه كما صرحوا به قاطبة أولى أن يقبل قوله في الحرمة: أي فيما يتضمن الحرمة وهو قوله اشتريته من غير الكتابي والمسلم فإنه يتضمن إثبات حرمة ما اشتراه كما صرحوا به أيضاً تبصر قوله: **(لأنه لا فرق بين ما إذا أخبرت بإهدا ءالمولى غيرها أو نفسها لما قلنا)** قال جمهور الشراح: قوله لما قلنا راجع إلى قوله لأن الهدايا تبعث عادة على أيدي هؤلاء انتهى. أقول: لمانع أن يمنع أن نفس الجواري والعبيد تبعث عادة على أيدي هؤلاء، بخلاف إهداء غير أنفسهم من الهدايا فإنها تبعث عادة على أيديهم بلا مجال النكير من أحد، وقال صاحب الغاية: قوله لما قلنا إشارة إلى قوله فلو لم يقبل قولهم يؤدي إلى الحرج، وتبعه العيني. أقول: ولمانع أن يمنع أن عدم قبول قولهم في إهداء مواليهم أنفسهم يؤدي إلى الحرج لإمكان إهدائهم على أيدي غيرهم من سائر العبيد والجواري أو الصبيان وعدم القدرة على غيرهم أصلاً نادر لا يعدّ مثله مؤدياً إلى الحرج بخلاف إداء الهدايا مطلقاً على أيدي غير جنس العبيد والجواري والصبيان فإن فيه حرجاً بيناً سيما في في إهداء الأمور الخسيسة قوله: **(ويقبل في المعاملات قول الفاسق ولا يقبل في الديانات إلا قول العدل)** قال في التلويح: قيل ذكر فخر الإسلام في موضع من كتابه أن إخبار المميز الغير العدل يقبل في مثل الوكالة والهدايا من غير انضمام التحري، وفي موضع آخر أنه يشترط التحرّي وهو المذكور في كلام الإمام السرخسي. ومحمد رحمه الله ذكر القيد في كتاب الاستحسان ولم يذكره في الجامع الصغير، فقيل: يجوز أن يكون المذكور في كتاب الاستحسان تفسيراً لهذا فيشترط. ويجوز أن يشترط استحساناً ولا يشترط رخصة، ويجوز أن يكون في المسألة روايتان انتهى.

أقول: يشكل على التوجيه الأول الفرق بين المعاملات والديانات لأن قول الفاسق يقبل في الديانات أيضاً بشرط التحرّي كما سيأتي التصريح به في الكتاب وكذا يشكل ذلك على التوجيه الثالث على إحدى الروايتين وهي رواية الاشتراط: فالظاهر المناسب عندي هو التوجيه الثاني. فإن الفرق المذكور يستقيم حينئذٍ، إذ لا رخصة لقبول قول الفاسق في الديانات بدون التحرّي قوله: **(ولا يقبل فيها قول المستور في ظاهر الرواية. وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يقبل قوله فيها جرياً على مذهبه أن يجوز القضاء به)** قال الشراح: وظاهر الرواية أصح لأنه لا بد من اعتبار أحد شطري الشهادة ليكون الخبر ملزماً وقد سقط اعتبار العدد فبقي اعتبار العدالة انتهى. أقول: فيه بحث، لأن أصل أبي حنيفة في الشهادة أن يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة إذا لم يطعن الخصم فيما عدا الحدود والقصاص كما تقرّر في كتاب الشهادات فكان أحد شطري الشهادة عنده ظاهر العدالة دون حقيقتها، ولا ريب أن المستور ظاهر العدالة لقوله

لا بد من اعتبار أحد شطري الشهادة ليكون الخبر ملزماً وقد سقط اعتبار العدد فبقي اعتبار العدالة، وقوله: **(حتى يعتبر فيهما)** أي في الفاسق والمستور إذا أخبر بنجاسة الماء **(أكبر الرأي)** وقوله: **(ويقبل فيها)** أي في الديانات قول العبد والحر والأمة، لأن خبر هؤلاء في أمور الدين كخبر الحرّ إذا كانوا عدولاً كما في رواية الأخبار لأنه يلتزم بنفسه أولاً ثم يعتدى منه إلى غيره فلا يكون من باب الولاية على الغير. وقوله: **(ما ذكرناه)** إشارة إلى الهدبة والإذن. وقوله: **(فإن كان أكبر رأيه أنه كاذب**

فيهما أكبر الرأي. قال: (**ويقبل فيها قول العبد والحرّ والأمة إذا كانوا عدولاً**) لأن عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه. فمن المعاملات ما ذكرناه، ومنها التوكيل. ومن الديانات الإخبار بنجاسة الماء حتى إذا أخبره مسلم مرضي لم يتوضأ به ويتيمم، ولو كان المخبر فاسقاً أو مستوراً تحرّى، فإن كان أكبر رأيه أنه صادق يتيمم ولا يتوضأ به. وإن أراق الماء ثم تيمم كان أحوط. ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط بالإراقة. أما التحرّي فمجرد ظن. ولو كان أكبر رأيه أنه كاذب يتوضأ به ولا يتيمم لترجح جانب الكذب بالتحري، وهذا جواب الحكم. فأما في الاحتياط فيتيمم بعد الوضوء لما قلنا. ومنها الحل والحرمة إذا لم يكن فيه زوال الملك. وفيها تفاصيل

عليه الصلاة والسلام «المسلمون عدول بعضهم على بعض، إلا محدوداً في قذف»[١] ففي غير ظاهر الرواية أيضاً لم يلزم عدم اعتبار أحد شطري الشهادة فلم يدل ما ذكروه على أصحية ظاهر الرواية. ويمكن أن يقال: ليس مقصودهم بيان أصحية ظاهر الرواية على أصل أبي حنيفة في الشهادة بل على ما يقتضيه فساد الزمان من عدم الاعتداد برواية المستور ما لم تتبين عدالته، كما لم تعتبر شهادته في القضاء عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ما لم يظهر عدالته. وعن هذا قال المصنف في كتاب الشهادات: والفتوى على قولهما في هذا الزمان. ويؤيد هذا التوجيه ما ذكره صاحب غاية البيان نقلاً عن شمس الأئمة السرخسي حيث قال: قال شمس الأئمة السرخسي في أصوله: وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه بمنزلة العدل في رواية الأخبار لثبوت العدالة ظاهراً بالحديث المروي عن رسول الله ﷺ. وعن عمر رضي الله تعالى عنه «المسلمون عدول بعضهم على بعض»[٢] ولهذا جوّز أبو حنيفة القضاء بشهادة المستور فيما ثبت مع الشبهات إذا لم يطعن الخصم، ولكن ما ذكره في الاستحسان أصح في زماننا، فإن الفسق غالب في أهل هذا الزمان فلا يعتمد على رواية المستور ما لم تتبين عدالته، كما لا تعتبر شهادته في القضاء قبل أن تظهر عدالته انتهى. وبما ذكرنا تبين اختلال تحرير بعض المتأخرين في هذا المقام حيث قال في شرح قول المصنف ولا يقبل قول المستور في ظاهر الرواية: أي ولا يقبل قوله في الديانات في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله ثم قال: وجه الظاهر أنه لا بد من اعتبار أحد شطري الشهادة ليكون الخبر ملزماً وقد سقط اعتبار العدد فبقي اعتبار العدالة انتهى. فإنه جعل ما ذكروه وجهاً لأصحية ظاهر الرواية وجهاً لنفس ظاهر الرواية عن أبي حنيفة، فيرد عليه قطعاً أن حقيقة العدالة ليست بأحد شطري الشهادة عند أبي حنيفة، بل يكفي ظاهر العدالة عنده في قبول الشهادة، ولا يخفى أن ظاهر العدالة متحقق في المستور فما معنى اعتبار حقيقة العدالة في قبول قوله في الديانات في ظاهر الرواية عنده فتدبر قوله: (**وَيقبل فيها قول العبد والحرّ والأمة إذا كانوا عدولاً**) أقول: لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن ذكر الحر ها هنا خال عن الفائدة، إذ لا يشتبه على أحد قبول قول الحر في كل أمر خطير إذا كان عدلاً، بخلاف العبد والأمة، ولعل صاحب الكافي ذاق بشاعة ذكر الحرّ ها هنا فقال: ويقبل فيها قول العبد والأمة إذا كانا عدلين بدون ذكر الحرّ. قال صاحب العناية في شرح هذا المقام: وقوله ويقبل فيها: أي في الديانات قول الحرّ والعبد والأمة لأن خبر هؤلاء في أمور الدين كخبر الحرّ إذا كانوا عدولاً كما في رواية الأخبار انتهى: أقول: قد زاد هذا

يتوضأ به) يعني حكماً لا في الاحتياط والاحتياط في التيمم بعد الوضوء، وإن لم يترجح أحد الوجهين، قيل الأصل الطهارة، وقوله: **(لما قلنا)** إشارة إلى قوله أما التحرّي فمجرد ظن ففيه احتمال الخطأ، وقوله: **(ومنها)** أي من الديانات **(الحلّ والحرمة)** يقبل فيهما خبر الواحد العدل إذا لم يتضمن زوال الملك كالإخبار بحرمة الطعام والشراب يقبل فيها قول العدل فلا

---

(١) ضعيف. أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه كما في نصب الراية ٤/ ٨١ من رواية حجاج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً. وإسناده ضعيف لضعف حجاج بن أرطاة وهو مدلس أيضاً وقد عنعنه. والراجح كونه عن عمر موقوفاً وهو الآتي.

(٢) موقوف جيد. أخرجه الدارقطني ٤/ ٢٠٦ والبيهقي ١٠/ ١٥٥ كلاهما عن عمر أنه كتب إلى أبي موسى فذكرا خبراً طويلاً وفيه: المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجلوداً في حد، أو مجرباً في شهادة زور... الأثر. وفي إسناده مقال إلا أن الدارقطني رواه من وجه آخر عن سعيد بن أبي بردة فذكروه.

وتفريعات ذكرناها في كفاية المنتهى. قال: **(ومن دعي إلى وليمة أو طعام فوجد ثمة لعباً أو غناء فلا بأس بأن يقعد ويأكل)** قال أبو حنيفة رحمه الله: ابتليت بهذا مرّة فصبرت. وهذا لأن إجابة الدعوة سنة. قال عليه الصلاة والسلام «من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم» فلا يتركها لما اقترن بها من البدعة من غيره. كصلاة الجنازة واجبة الإقامة وإن حضرتها نياحة. فإن قدر على المنع منعهم. وإن لم يقدر يصبر. وهذا إذا لم يكن مقتدى به. فإن كان

الشارح في الطنبور نغمة حيث أتي بمحذور آخر في كلام نفسه فإنه قال: لأن خبرَ هؤلاء في أمر الدين كخبر الحرّ ولا شك أن كلمة هؤلاء من جموع أسماء الإشارة فتكون ها هنا إشارة إلى الأشياء الثلاثة المذكورة وهي العبد والحرّ والأمة، فيصير معنى كلام الشارح المذكور: لأن خبر العبد والحرّ والأمة في أمور الدين كخبر الحرّ إذا كانوا عدولاً فيدخل المشبه به في المشبه ولا يخفى فساده. وقال صاحب النهاية: ويقبل فيها: أي في الديانات قول العبد والحرّ والأمة، لأن في أمر الدين خبر العبد كخبر الحرّ كما في رواية الإخبار، وتبعه صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المواضع. أقول في كلامهما أيضاً نوع محذور، لأنهما جعلا الحرّ مقيساً عليه أو مشبهاً به، وهو داخل أيضاً في المدعي ها هنا فكان مما يلزم إثباته أيضاً هنا، فكيف يتم أن يجعل مقيساً عليه أو مشبهاً به لأحد قرينيه قبل أن يتعين حال نفسه، فالتعليل التام الشامل للكل ما ذكره المصنف بقوله لأن عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه قوله: **(وإن أراق الماء ثم تيمم كان أحوط)** أقول: هذا مشكل عندي، لأنه إذا كان أكبر رأيه أنه صادق كان نجاسة الماء راجحة عنده، فإذا أراق هذا الماء على أعضاء الوضوء كان الراجح أن تتنجس تلك الأعضاء وإذا تنجست أعضاؤه لم تجز صلاته ما لم تطهر، والمفروض انتفاء ماء آخر مطهر وإلا لم يجز التيمم فكان ينبغي أن يكون الاحتياط إذ ذاك في ترك الإراقة لتأديها إلى محذور شديد، بخلاف الاحتياط بالتيمم بعد الوضوء فيما إذا كان أكبر رأيه أنه كاذب كما سيأتي من بعد، فإن التيمم هناك بشيء طاهر فلا يلزم محذور أصلاً فليتأمل قوله: **(ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط بالإراقة)** أقول: : لقائل أن يقول: لا نسلم سقوط احتمال الكذب مع مجرد العدالة بدون أن يصل حد التواتر. كيف وقد صرحوا في علم الأصول بأن خبر الواحد العدل وإن كان صحابياً لا يوجب اليقين. بل احتمال الكذب قائم وإن كان مرجوحاً، وإلا لزم القطع بالنقيضين عند إخبار العدلين بهما ولهذا قالوا إنه لا يفيد إلا غلبة الظن دون اليقين، ويوافقه قول المصنف فيما مرّ لأن عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه. والجواب أن مراد المصنف باحتمال الكذب في قوله ومع العدالة يسقط احتمال الكذب هو الاحتمال الظاهر الذي يعتدّ به شرعاً دون مطلق الاحتمال، وعن هذا قال صاحب الكافي: ومع العدالة سقط احتمال الكذب شرعاً لأنها عبارة عن الانزجار عن المعاصي والكذب منها فكان منزجراً عنه انتهى. فإن قلت: إذا بقي احتمال ما

يحل الأكل ولا الإطعام لأنها حق الله تعالى فيثبت بخبر الواحد ولا يخرج عن ملكه، لأن بطلان الملك لا يثبت بخبره، وليس من ضرورة ثبوت الحرمة بطلان الملك، وأما إذا تضمن زواله فلا يقبل، كما إذا أخبر رجل أو امرأة عدل للزوجين بأنهما ارتضعا من امرأة واحدة، بل لا بد فيها من شهادة رجلين أو رجل وامرأتين لأن الحرمة ها هنا مع بقاء النكاح غير متصّور فكان متضمناً لزوال الملك. فإن قيل: قد تقدم قوله لأنه لما قبل قوله أي قول المجوسي في الحل أولى أن يقبل في الحرمة، وهو يدل على أن العدالة في الخبر بالحل والحرمة غير شرط فكان كلامه متناقضاً، أجيب بأن ذلك كان ضمنياً، وكم من شيء يثبت ضمناً ولا يثبت قصداً، فلا تناقض لأن المراد ها هنا ما كان قصدياً. قال: **(ومن دعي إلى وليمة أو طعام الخ)** قيل الوليمة طعام العرس والغناء بالكسر السماع. قوله: **(كصلاة الجنازة)** قيل عليه إنه قياس السنة على الفرض وهو غير مستقيم فإنه لا يلزم من تحمل المحذور لإقامة الفرض تحمله لإقامة السنة، وأجيب بأنها سنة في قوة الواجب لورود الوعيد

قوله: **(أجيب بأن ذلك كان ضمنياً)** أقول: ولا يمكن أن يجاب بأن الكفار قد يكون عدلاً، لأن المراد بالعدل هنا المسلم المرضي كما نص عليه المصنف هنا قوله: **(ويجوز أن يقال وجه التشبيه الخ)** أقول: فيه بحث، إلا أن يقال: ليس بقياس كما يشير إليه قوله وجه التشبيه، وفيه أنه تبقى المسألة حينئذٍ بلا دليل.

مقتدي ولم يقدر على منعهم يخرج ولا يقعد. لأن في ذلك شين الدين وفتح باب المعصية على المسلمين. والمحكى عن أبي حنيفة رحمه الله في الكتاب كان قبل أن يصير مقتدى به. ولو كان ذلك على المائدة لا ينبغي أن

للكذب في العدالة فما معنى قوله فلا معنى للاحتياط بالإراقة. قلت: مراده أنه لا معنى للاحتياط بالإراقة في صورة العدالة احتياطاً بها مثل الاحتياط بها في صورة التحرّي في خبر الفاسق أو المستور. فإن قلت: إذا كان مفاد خبر العدول هو الظن دون اليقين فما معنى قول المصنف في مقابلة ذلك وأما التحري فمجرد ظن؟ قلت: معناه أنه مجرد تخمين وظن لا غلبة ظن، بخلاف عدالة المخبر فإن الحاصل هناك غلبة الظن وهي أقوى من الأول فافترقا قوله: **(وهذا لأن إجابة الدعوى سنة. قال عليه الصلاة والسلام «من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم»**[1] **فلا يتركها لما اقترن بها من البدعة من غيره، كصلاة الجنازة واجبة لإقامة وإن حضرتها نياحة)** قيل عليه أنه قياس السنة على الفرض وهو غير مستقيم. فإنه لا يلزم من تحمل المحذور لإقامة الفرض تحمله لإقامة السنة. وأجيب بأنها سنة في قوّة الواجب لورود الوعيد على تاركها، قال ﷺ «من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم»[2] كذا في العناية وعامة الشروح. أقول: الجواب منظور فيه، لأنها إن أرادوا بقولهم إنها سنة في قوة الواجب أنها مثل الواجب في الأحكام كما يفصح عنه قول صاحبي النهاية والكفاية فيثبت الحكم فيها على وفاق ما يثبت في الواجب، فهو مشكل على قواعد علم الأصول، إذ قد تقرّر فيه كون السنة قسماً للواجب ومغايرة له في الأحكام حيث صرحوا فيه بأن الواجب مما كان فعله أولى من تركه مع منع تركه، والسنة مما كان فعله أولى من تركه بلا منع تركه، وإن تارك الواجب يستحق العقوبة بالنار وتارك السنة لا يستحقها بل يستحق حرمان الشفاعة فكيف يتصور الاشتراك في الأحكام، وإن أرادوا بقولهم إنها سنة في قوّة الواجب مجرد بيان تأكد سنيتها فهو لا يجدي نفعاً في دفع السؤال. إذ لا يلزم من تحمل المحذور لإقامة الواجب تحمله لإقامة السنة، وإن كانت مؤكدة تأكداً تاماً لظهور التفاوت بينهما في الحقيقة والأحكام فلا يتم القياس على أن صلاة الجنازة فرض لا واجب محض. فعلى تقدير أن يكون إجابة الدعوة في حكم الواجب بل نفس الواجب لا يندفع السؤال أيضاً، إذ لا يلزم من تحمل المحذور لإقامة الفرض تحمله لإقامة الواجب لثبوت الفرض بدليل قطعي دون الواجب، ولهذا يكفر جاحد الأول دون الثاني فلا وجه للقياس. وأجاب صاحب العناية عن السؤال المذكور بوجه آخر حيث قال: ويجوز أن يقال وجه التشبيه اقتران العبادة بالبدعة مع قطع النظر عن صفة تلك العبادة اهـ. أقول: ليس هذا بشيء. لأن تشبيه إجابة الدعوة بصلاة الجنازة في مجرد الاقتران بالبدعة مع ظهور الفرق بينهما في القوّة والضعف لا يفيد شيئاً فقهياً، فيلزم أن يكون قول المصنف كصلاة الجنازة واجبة الإقامة وإن حضرتها نياحة كلاماً زائداً خارجاً عن صنعة الفقه وحاشي له. ثم أقول: يمكن أن يجاب عن ذلك

على تاركها، قال: ﷺ «من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم» ويجوز أن يقال: وجه التشبيه اقتران العبادة بالبدعة مع قطع النظر عن صفة تلك العبادة. وقوله: **(فإن قدر على المنع منعهم، وإن لم يقدر يصبر)** ليكون عاملاً بقوله: ﷺ «من رأى

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٥١٧٧ ومسلم ١٤٣٢ ح ١٠٧ وأبو داود ٣٧٤٢ والدارمي ٢/ ١٠٥ وابن ماجه ١٩١٣ ومالك ٢/ ٥٤٦ والحميدي ١١٧١ وأحمد ٢/ ٢٤١ وعبد الرزاق ١٩٦٦٢ وابن حبان ٥٣٠٤ والطحاوي في المشكل ٤/ ١٤٣ والبيهقي ٧/ ٢٦١ والبغوي ٢٣١٥ من طرق كلهم عن أبي هريرة قال: شر الطعام طعام الوليمة يدعىٰ إليها الأغنياء ويُترك المساكين، ومن لم يجب الدعوة، فقد عصىٰ الله ورسوله.

وكرره أحمد ٢/ ٤٠٥ . ٤٠٦ والطيالسي ٢٣٠٣ وابن حبان ٥٣٠٥ من وجه آخر كلهم عن الزهري إلا أن الأولين جعلوه عن الزهري عن الأعرج عن أبي هريرة.

وأما من كرره فجعله عن الزهري عن ابن المسيب عن أبي هريرة. وهو موقوف في كلا الوجهين. وأخرجه مسلم ١٤٣٢ ح ١١٠ والحميدي ١١٧٠ والبيهقي ٧/ ٢٦٢ كلهم عن أبي هريرة: أن النبي ﷺ قال «شر الطعام طعام الوليمة يُمنعها من يأتيها ويُدعىٰ إليها من يأباها ومن لم يجب الدعوة فقد عصىٰ الله ورسوله» وهذا صحيح أيضاً، وورد مرفوعاً من حديث ابن عمر. والموقوف علىٰ أبي هريرة له حكم الرفع أيضاً اهـ انظر الزيلعي ٤/ ٢٢١.

(٢) تقدم أن أكثر الروايات علىٰ وقفه إلا أن له حكم الرفع. وقد رواه مسلم مرفوعاً كما تقدم.

يقعد. وإن لم يكن مقتدي لقوله تعالى: ﴿فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين﴾ وهذا كله بعد الحضور. ولو علم قبل الحضور لا يحضر لأنه لم يلزمه حق الدعوة. بخلاف ما إذا هجم عليه لأنه قد لزمه، ودلت المسألة على

السؤال بوجه آخر، وهو أن إجابة الدعوة وإن كانت سنة عندنا ابتداء إلا أنها تنقلب إلى الواجب بقاء: أي بعد الحضور إلى محل الدعوة حيث يلزمه حق الدعوة بالتزامه إجابتها كما أشار إليه المصنف فيما بعد، فيصير هذا نظير الصلاة النافلة فإنها تنقلب إلى الواجب بل إلى الفرض بالتزام إقامتها بالشروع فيها كما تقرر في محله. ولذلك لو علم المدعو البدعة قبل الحضور لزمه ترك إجابة الدعوة كما سيجيء، فيكون قوله كصلاة الجنازة واجبة الإقامة وإن حضرتها نياحة قياس الواجب على الواجب في المال فيندفع الإشكال. ثم إن صاحب الإصلاح والإيضاح رد الدليل المذكور في الكتاب حيث قال لا، لأن إجابة الدعوة سنة فلا تترك بسبب بدعة كصلاة الجنازة يحضرها النياحة، لأنه إن أراد مطلق الدعوة فلا نسلم أن إجابتها سنة، وإن أراد الدعوة على وجه السنة فلا يتم التقريب، بل لأن حق الدعوة يلزمه بعد الحضور لا قبله، إلى ها هنا كلامه. وقصد بعض المتأخرين الجواب عن ذلك فقال: ثم المراد بالإجابة المسنونة في قوله لأن إجابة الدعوة سنة ما يعم الإجابة ابتداء وانتهاء والإجابة انتهاء فقط حتى يتم تقريب الدليل، لأن فرض المسألة في دعوة اقترنت بلهو وفيها لا تسن الإجابة ابتداء كما سيجيء، فإذا عرف المدعوّ ذلك قبل الإجابة لا يجب عليه الإجابة أصلاً. وأما إذا هجم عليه ولم يعرفه كما هو المفروض بدليل قوله فوجد ثمة يجب عليه الجلوس والصبر والأكل، وهذا إجابة انتهاء، فبهذا ينطبق الدليل على المدعي فلا يرد عليه ما قيل إن أراد بقوله لأن إجابة الدعوة سنة أن إجابة مطلق الدعوة سنة فلا نسلم ذلك لما سيجيء أن الدعوة إذا قارنت شيئاً من اللهو لم يلزمه حق الدعوة، وإن أراد أن إجابة الدعوة على وجه السنة كذلك فلا يتم التقريب، ووجه الاندفاع ظاهر، لأنه وإن لم يلزمه حق العدوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء إذا هجم فتأمل، إلى هنا كلام ذلك البعض. أقول: لا يذهب على ذي فطانة أن هذا كلام خال عن التحصيل ابتداء وانتهاء. أما خلوّه عن التحصيل ابتداء فلأنه لا معنى لإجابة الدعوة انتهاء فقط، إذ لا يتصور تحقق إجابة الدعوة انتهاء بدون تحققها ابتداء، لأن عدم تحقق إجابة الدعوة من المدعو ابتداء إنما يصوّر بعدم مجيئه إلى محل الدعوة أصلاً لأجل إجابة تلك الدعوة، فإذن كيف يتصوّر منه إجابة تلك الدعوة انتهاء. وإجابتها انتهاء فرع مجيئه إلى محل الدعوة أوّلا وليس فليست، وإنما الذي يتصوّر وقوعه عكس ذلك وهو الإجابة ابتداء فقط، كما إذا دعي إلى وليمة أو غيرها فأجاب وذهب إلى محل الدعوة فوجد ثمة لعباً أو غناء فلم يقعد ولم يأكل فإنه يوجد هناك الإجابة ابتداء لا انتهاء كما لا يخفى، وصورتها الشرعية فيما إذا كان المدعو مقتدي ولم يقدر على منعهم كما سيجيء في الكتاب. والعجب أن ذلك القائل ذكر الإجابة ابتداء وانتهاء والإجابة انتهاء فقط، ولم يذكر الإجابة ابتداء فقط، وكتب تحت قوله والإجابة انتهاء فقط. أما عكسه وهو القسم الثالث ها هنا فلا يتصور وقوعه اهـ. فزعم ما هو متصوّر الوقوع غير متصوّر الوقوع وبالعكس، ولم يدر أن تحقق

منكم منكراً فليغيره بيده» الحديث، وقوله: (ولو كان على المائدة ينبغي أن لا يقعد) يشير إلى أن ما تقدم إنما جاز إذا كان الغناء في ذلك المنزل ولم يكن على المائدة، لأنه لم يدخل تحت المعية، وأما إذا كان على المائدة كان قاعداً مع القوم الظالمين وقوله: (ودلت المسألة على أن الملاهي كلها حرام) لأن محمداً رحمه الله أطلق اسم اللعب والغناء بقوله فوجد ثمة اللعب والغناء فاللعب وهو اللهو حرام. لا يقال: الحياة الدنيا لعب ولهو لقوله تعالى: ﴿اعلموا أنما الحياة الدنيا لعب ولهو﴾

قال المصنف: (ولو علم قبل الحضور لا يحضره) أقول: فيه كلام لأن الحديث ينتظمه قوله: (لقوله تعالى ﴿اعلموا أنما الحياة الدنيا لعب﴾ الخ) أقول: المراد بها أمور الدنيا: أعني ما لا يتوصل به إلى الفوز الآجل قوله: (ليس بحرام) أقول: يعني مطلقاً قوله: (لأن الحاصل من هذا القياس بعض اللهو الخ) أقول: لكن القياس الأول يقتضي الكلية كما لا يخفى. ثم إن الأولى أن يجاب بأن الكلام على التشبيه فليتأمل قوله: (وهو ما استثناه النبي عليه الصلاة والسلام) أقول: فيه نظر يظهر وجهه بالنظر في كتب التفاسير.

أن الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيب. وكذا قول أبي حنيفة رحمه الله ابتليت، لأن الابتلاء بالمحرم يكون.

انتهاء الشيء في الخراج يسلتزم تحقق ابتدائه فيه دون العكس كما لا يخفى وأما خلوّ كلامه عن التحصيل انتهاء فلأن الظاهر من قوله ووجه الاندفاع ظاهر لأنه وإن لم يلزمه حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء إذا هجم أنه اختار كون المراد أن إجابة مطلق الدعوة سنة، لأن عدم لزوم حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء كان من متفرعات منع ذلك، ولكن ما ذكره في وجه الاندفاع ليس بسديد، لأنه إذا علم المدعوّ قبل الحضور أن الدعوة قارنت شيئاً من البدعة لم يلزمه الإجابة أصلاً كما سيجيء في الكتاب، وذكره ذلك القائل أيضاً في أثناء كلامه، ويكفي لسند منع أن إجابة مطلق الدعوة سنة هذه الصورة فقط، فلا وجه لقوله لأنه وإن لم يلزمه حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء إذا هجم. لأن لزوم حق الدعوة للمدعوّ انتهاء إذا هجم عليه إنما يكون بأن علم ذلك بعد الحضور وهو صورة أخرى غير الصورة الأولى التي هي السند للمنع المذكور، ولا شك أنه لا يلزمه حق الدعوة في الصورة الأولى لا ابتداء ولا انتهاء، فكيف يكون ما ذكره وجهاً للاندفاع. والصواب في الجواب عما ذكره صاحب الإصلاح والإيضاح اختيار الشق الثاني من ترديده. وهو كون المراد أن إجابة الدعوة على وجه السنة فتكون الإجابة سنة وبيان تمام تقريب الدليل بأن الدعوة على ثلاثة أوجه: الأول إن دعي إلى وليمة أو طعام ولم يكن ثمة شيء من البدع أصلاً. والثاني إن دعي إلى ذلك ولم يذكر حين الدعوة أن ثمة شيئاً من البدع ولم يعلمه المدعوّ قبل الحضور ولكن هجم عليه. والثالث إن دعي إلى ذلك وذكر أن ثمة شيئاً من البدع فعلمه المدعوّ قبل الحضور، ففي الوجهين الأولين كانت الدعوة على وجه السنة فتكون الإجابة سنة، وفي الوجه الثالث لم تكن الدعوة على وجه السنة فلا تكون الإجابة لازمة للمدعو أصلاً، والمسألة التي نحن فيها من الأوجه الثاني من تلك الأجه فيتمشى فيها الدليل المذكور فيتم التقريب تأمل تقف قوله: (**وهذا كله بعد الحضور ولو علم قبل الحضور لا يحضر**) أقول: لقائل أن يقول: الحديث المذكور يعمّ ما بعد الحضور وما قبله، إذ قد تقرّر في علم الأصول أن المعرف بالام إذا لم تكن للعهد الخارجي فهو للاستغراق، والدعوة في قوله عليه الصلاة والسلام «من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم»[1] معرفة باللام، ولم يظهر هناك معهود خارجي فهي للاستغراق فتعم كل دعوة. والجواب أنه إن كان عاماً من حيث اللفظ فهو مخصوص بالنصوص الدالة على وجوب الاجتناب عن اقتراب تلك البدع بلا ضرورة توفيقاً بين النصوص مهما أمكن، وقد دعت الضرورة إلى الصبر فيما إذا علم بعد الحضور لأنه قد لزمه حق الدعوة. بخلاف ما إذا علم قبل الحضور إذ لم يلزمه ذلك هناك كما بينه المصنف هناك فافترقا قوله: (**ودلت المسألة على أن الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيب**) لأن محمداً رحمه الله أطلق اسم اللعب والغناء بقوله فوجد ثمة اللعب والغناء فاللعب وهو اللهو حرام، كذا في العناية، وهذا القدر من التعليل كاف في بيان دلالة المسألة على أن الملاهي كلها حرام هو الصحيح المختار عندي، وقد زاد جمهور الشراح على ذلك كلاماً آخر حيث قالوا: فاللعب هو اللهو حرام بالنص، قال النبيّ ﷺ «لهو المؤمن باطل إلا في ثلاث: تأديبه فرسه» وفي رواية «ملاعبته بفرسه، ورميه عن قوسه، وملاعبته مع أهله»[2] وهذا الذي ذكره محمد ليس من هذه الثلاث فكان باطلاً انتهى. أقول: فيه كلام، أما أولاً فلأن زيادة

والحياة الدنيا ليست بحرام لأن الحاصل من هذا القياس بعض اللهو، واللعب ليس بحرام وهو ما استثناه النبي ﷺ في قوله: «لهو المؤمن باطل إلا في ثلاث: تأديبه لفرسه، ورميه عن قوسه، وملاعبته مع أهله». وقوله: (**بضرب القضيب**) عنى به

---

(١) هو المتقدم قبل حديث واحد.

(٢) حديث حسن. تقدم تخريجه وسيأتي أيضاً في فصل في البيع «مسائل متفرقة»

.....|...

قولهم بالنص في قولهم فاللعب وهو اللهو حرام بالنص يدل على أن الدليل على حرمة اللهو هو النص، والكلام في دلالة المسألة على ذلك فلا يتم التقريب، بخلاف ما إذا لم يؤت بتلك الزيادة إذ يكون قولهم فاللعب وهو اللهو حرام إذ ذاك متفرعاً على ما قبله وهو إطلاق محمد اسم اللعب والغناء بقوله فوجد ثمة اللعب والغناء، فيصير حاصل التعليل أن محمداً لما أطلق اسم اللعب والغناء في هاتيك المسألة ولم يقيده بنوع علم أن اللعب الذي هو اللهو حرام مطلقاً وهو جيد مفيد للمدعي. وأما ثانياً فلأن قولهم وهذا الذي ذكره محمد ليس من هذه الثلاث فكان باطلاً ينافي قولهم في أول التعليل لأن محمداً أطلق اسم اللعب والغناء، إذ على تقدير أن لا يكون ما ذكره محمد في هاتيك المسألة من هذه الثلاث يلزم أن لا يكون اسم اللعب فيها مطلقاً، بل أن يكون مقيداً بغير هذه الثلاث. لا يقال: مرادهم بإطلاق محمد اسم اللعب إطلاقه بالنسبة إلى ما عدا هذه الثلاث لا بالنسبة إلى كل لعب فلا تنافي. لأنا نقول: لا يساعده لفظ محمد لأنهم إنما أخذوا إطلاق اسم اللعب من قوله فوجد ثمة اللعب والغناء. ولا يخفى أن قوله المذكور إنما يقتضي الإطلاق بالنسبة إلى جنس اللعب لا بالنسبة إلى بعض منه وهو ما عدا الثلاث المذكورة. ثم أقول: بقي شيء في أصل كلام المصنف، وهو أنه لو اعتبرت دلالة المسألة المذكورة على أن الملاهي كلها حرام وجاز العمل بهذه الدلالة لزم القول بحرمة الصور الثلاث المستثناة في الحديث أيضاً ولم يقل بها أحد، اللهم إلا أن يقال: تلك الثلاث مستثناة في كلام محمد تقديراً بناء على كونا مستثناة في الحديث صريحاً ويجعل شهرة الحديث قرينة على ذلك. ثم إن صاحب العناية قال: لا يقال الحياة الدنيا لعب ولهو لقوله تعالى: ﴿اعلموا أنما الحياة الدنيا لعب ولهو﴾ الحديد (٢٠) والحياة الدنيا ليست بحرام لأن الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بحرام، وهو ما استثناه النبي ﷺ في قوله «لهو المؤمن باطل إلا في ثلاث: تأديبه فرسه، ورميه عن قوسه، وملاعبته مع أهله»[1] انتهى كلامه. أقول: أراد بالقياس في قوله لأن الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بحرام القياس المنطقي الذي ذكر في السؤال على الشكل الثالث من الأشكال الأربعة بقسمة الاقتراني وبالحاصل منه نتيجته، وأشار بقوله بعض اللهو واللعب إلى جزئية تلك النتيجة بناء على أن الشكل الثالث لا ينتج إلا جزئية كما تقرر في موضعه فبطل قول بعض الفضلاء هنا: لكن القياس الأول يقتضي الكلية كما لا يخفى، فكأنه غفل عن كون القياس المذكور على الشكل الثالث أو عن كون نتيجة الشكل الثالث جزئية لا غير، وقال بعض المتأخرين هنا: إن شرط إنتاج الشكل الثالث كلية إحدى مقدمتيه وهي ها هنا منتفية انتهى، أقول: ليس هذا أيضاً بصحيح، إذا الظاهر أن كلتا مقدمتي القياس المذكور كليتان صغراهما موجبة كلية وكبراهما سالبة كلية وإن حمل السلب في الثانية على رفع الإيجاب الكلي دون السلب الكلي فكلية الأولى مقررة، وأداة صور الكلية هي اللام الاستغراقية الداخلة على الحياة الدنيا، وليست أداة صورها بمنحصرة في لفظة كل، بل كل ما يدل على الكلية من الألفاظ فهو أداة صورها كما صرحوا به. ثم أقول: في الجواب الذي ذكره صاحب العناية نظر، فإن قوله لأن الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بحرام جيد. وأما قوله وهو ما استثناه النبيّ عليه الصلاة والسلام فلا، لأن القياس المذكور إنما ينتج أن بعض اللهو واللعب وهو الحياة الدنيا ليس بحرام، فإن الذي كان حدّاً أوسط في ذلك القياس هو الحياة الدنيا، فهي المراد بالبعض في النتيجة، ونظير هذا ما إذا قلنا كل إنسان حيوان ولا شيء من الإنسان بفرس، فإنه ينتج أن بعض الحيوان الذي هو الإنسان ليس بفرس لا أن بعضه أي بعض كان ليس بفرس، وإلا لم يكن للحدّ الأوسط تأثير ودخل في النتيجة وليس كذلك قطعاً؛ وهذا كله غير خاف على من له دربة

خشب الحارس. وقوله: (وكذا قول أبي حنيفة) معطوف على قوله ودلّت المسألة.

---

(١) هو المتقدم.

. . . .

بعلم الميزان. فإن كانت النتيجة في القياس المذكور أن بعض اللهو واللعب الذي هو الحياة الدنيا ليس بحرام فلا معنى لتخصيصه بالصور الثلاث المستثناة في الحديث لأن ما لا يحرم من أمور الحياة الدنيا كثير لا يحصى فما الوجه للتخصيص على أن ما ذكره من الجواب لا يحسم مادة السؤال لإمكان أن يورد السؤال بصورة القياس الاستثنائي. ويقال: لو كانت الملاهي كلها حراماً لكانت الحياة الدنيا أيضاً حراماً لأنها لعب ولهو، لقوله تعالى: ﴿اعلموا أنما الحياة الدنيا لعب ولهو﴾ الحديد (٢٠) أنها لعب ولهو حقيقة بل المراد والله أعلم أنها كلعب ولهو على طريق التشبيه البليغ: يعني أنها كاللعب واللهو في سرعة فنائها وانتقائها، صرح به في التفسير فلا يلزم من عدم حرمة الحياة الدنيا عدم حرمة اللعب واللهو أيضاً كما لا يخفى قوله: (**وكذا قول أبي حنيفة ابتليت لأن الابتلاء بالمحرم يكون**) يعني ودل أيضاً قول أبي حنيفة ابتليت على أن الملاهي كلها حرام، لأن الابتلاء لا يكون إلا بالمحرم، وقد أشار إلى هذا القصر بتقديم الجار والمجرور على الفعل في قوله بالمحرم يكون، أقول: لقائل أن يقول: دلالة قوله ابتليت على حرمة ما وجده ثمة مسلمة بناء على أن الابتلاء لا يكون إلا بالمحرم، وأما دلالته على حرمة كل الملاهي كما هو المدعي فممنوعة، كيف وقد قال ابتليت بهذا مرة انتهى. ولا شك أن ما ابتلى به مرة لا يكون كل الملاهي، بل إنما يكون شيئاً معيناً منها، واعترض عليه صدر الشريعة بوجه آخر حيث قال في شرح الوقاية. قالوا قوله ابتليت يدل على الحرمة، ويمكن أن يقال: إن الصبر على الحرام لإقامة السنة لا يجوز، والصبر الذي قاله أبو حنيفة جاز أن يكون جالساً معرضاً عن ذلك اللهو منكراً له غير مشتغل ولا متلذذ به اهـ. أقول: ذلك ساقط، لأن إجابة الدعوة وإن كانت سنة ابتداء إلا أنها تصير واجبة بقاء حيث يلزمه حق الدعوة بعد الحضور لالتزامه الإجابة بالحضور، كما هو الشأن في سائر النوافل من الصلاة والصوم ونحوهما فإن كلاً منهما تصير واجبة بالشروع فيها فكان الصبر على الحرام فيما قال أبو حنيفة لإقامة الواجب فيجوز كما في صلاة الجنازة إذا حضرتها النياحة، وقد مرّ منا مثل هذا الجواب فيما قبل فتذكر. ثم إن جواز كون أبي حنيفة جالساً معرضاً عن ذلك اللهو منكراً له غير مشتغل ولا متلذذ به لا يدفع حرمة ذلك اللهو ولا حرمة الجلوس عليه، إذ قد ذكر في الكافي والشروح أن الصدر الشهيد روى في كراهية الواقعات عن رسول الله ﷺ أنه قال «استماع الملاهي معصية، والجلوس عليها فسق، والتلذذ بها من الكفر»[(١)] ومداول هذا الحديث أن مجرد الجلوس على فسق اللهو فأنى يتصور اختيار ذلك من مثل الإمام الأعظم لو لم يعارض وجوب إجابة الدعوة بعد الحضور شرّ من ذلك فتأمل. وقد أورد صاحب الإصلاح والإيضاح ما أورده صدر الشريعة مع زيادة بعض من المقدمات سيما في أوّل إيراده حيث قال بعد قوله ودل قوله على حرمة كل الملاهي لأن الابتلاء بالمحرم يكون كذا قالوا وفيه نظر فإن الابتلاء يستعمل فيما هو محظور العواقب ولو كان مباحاً ومنه قوله عليه الصلاة والسلام «من ابتلى بالقضاء»[(٢)] الحديث. ثم إن الصبر على الحرام رعاية لحق الدعوة لا يجوز، لأن السنة تترك حذراً عن ارتكاب المحظور، فالظاهر أنه جلس معرضاً عن ذلك اللهو منكراً له غير مستمع له فلم يتحقق منه الجلوس على اللهو، فعلى هذا لا يكون مبتلى بحرام انتهى. وقد نقله بعض المتأخرين بتقصير وتحريف وعزاه في الحاشية إلى صاحب الإصلاح والإيضاح، ثم قصد ردّه فأتى بكلام مفصل مشوّش قابل للدخل والخرج تركنا ذكره وبيان ما فيه تحاشياً عن الإطناب الممل، ومن شاء فليراجع كتابه.

---

(١) ذكره العراقي في تخريجه على الإحياء ٢/ ٢٧٢ وقال: رواه أبو الشيخ مرسلاً اهـ.
قلت: ولم أقف على إسناده لكن الضعف عليه بين فهو مرسل وهناك شيء آخر وهو تفرد أبي الشيخ به وغالب ما تفرد به ضعيف ومنكر. وشيء ثالث وهو غرابة المتن.

(٢) تقدم في أدب القاضي. وإسناده واهٍ فيه عباد بن كثير وهو من حديث أم سلمة: إذا ابتلى أحدكم بالقضاء بين المسلمين فلا يقض وهو غضبان، فَلْيُسَوِّ بينهم بالنظر والمجلس والإشارة، ولا يرفع صوته على أحد الخصمين.
هكذا أخرجه أبو يعلى ٥٨٦٧ والدارقطني ٤/ ٢٠٥ والبيهقي ١٠/ ١٣٥ وذكره الهيثمي في المجمع ٤/ ١٩٤ ونسبه للطبراني وأبي يعلى وقال: فيه عباد بن كثير الثقفي وهو متروك. وكذا ضعفه ابن حجر في تلخيص الحبير ٤/ ١٩٣ وأعله بعباد هذا.

فصل في اللبس

قال: **(لا يحلّ للرجال لبس الحرير ويحلّ للنساء)** لأن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن لبس الحرير والديباج وقال: «إنما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة» وإنما حل للنساء بحديث آخر. وهو ما رواه عدة من الصحابة رضي الله عنهم منهم عليّ رضي الله عنه «أن النبيّ ﷺ خرج وبإحدى يديه حرير وبالأخرى ذهب وقال:

فصل في اللبس

قال صاحب النهاية: لما ذكر مقدمات مسائل الكراهية ذكر ما يتوارد على الإنسان مما يحتاج إليه بالفصول فقدم اللبس على الوطء لأن الاحتياج إلى اللبس أشدّ منه إلى الوطء، انتهى كلامه. واقتفى أثره صاحب العناية في هذه المعنى ولكن بعبارة أقصر. أقول: صدور هذا التوجيه منهما في غاية الاستبعاد فإن مقتضاه الغفلة عما تقدم من الفصل الأول المعقود لبيان الأكل والشرب، وما ذكره فيه من مسائل كثيرة متعلقة بالأكل والشرب مقصودة بالذات غير صالحة لأن تكون من مقدمات مسائل الكراهية كما ترى. والصواب في وجه الترتيب أن يقال: قدم فصل الأكل والشرب لأن احتياج الإنسان إلى الأكل والشرب أشد، وعقبه بفصل اللبس فقدمه على فصل الوطء لأن احتياج الإنسان إلى اللبس أكثر من احتياجه إلى الوطء لتحقق الأول في جميع الأوقات دون الثاني، وقد أشير إلى هذا التوجيه في معراج الدراية قوله: **(وإنما حل للنساء بحديث آخر وهو ما رواه عدّة من الصحابة إلى آخره)** لما ذكر حرمة لبس الحرير على الرجال وحله للنساء، واستدل على الحرمة بما يعم الرجال والنساء لزمه أن يقول: وإنما حل للنساء بحديث آخر. فإن قيل: المحرم والمبيح إذا اجتمعا يجعل المحرم متأخراً كي لا يلزم النسخ مرتين، وهنا لو تأخر قوله عليه الصلاة والسلام «هذان حرامان»[1] الحديث، يلزم النسخ مرتين في حق الإناث فيجعل قوله عليه

فصل في اللبس

لما فرغ من مقدمات مسائل الكراهية ذكر تفصيل ما يحتاج إليه الإنسان، وقدم اللبس لكثرة الاحتياج إليه. قال: **(لا يحلّ للرجال لبس الحرير ويحلّ للنساء الخ)** لما ذكر الحرمة والحل استدل على الحرمة بقوله ﷺ «إنما يلبسه من لا خلاق له

فصل في اللبس

قوله: **(لما فرغ من مقدمات مسائل الكراهية)** أقول: فيه بحث، فإن أول الفصول معقود لبيان الأكل والشرب كما ترى، وقبول الأخبار وغيره مذكور لأجله لتعلقه به، والتعميم بمثل المتوضىء إذا أخبر بنجاسة الماء ليتمم الفائدة، وهو ظاهر قوله: **(وقدم اللبس الخ)** أقول: بل المقدم هو الأكل والشرب لشدة الاحتياج قوله: **(واستدل على الحرمة بقوله عليه الصلاة والسلام «إنما يلبسه من لا خلاق له في**

---

(١) صحيح. هو بعض حديث أخرجه أبو داود ٤٠٥٧ والنسائي ٨/ ١٦٠ وابن ماجه ٣٥٩٥ وابن حبان ٥٤٣٤ وأبو يعلىٰ ٢٧٢ ح ٣٢٥ وابن أبي شيبة ٨/ ٣٥١ وأحمد ١/ ٩٦. ١١٥ والطحاوي ٤/ ٢٥٠ من طرق كلهم من حديث علي: أن النبي ﷺ أخذ حريراً فجعله في يمينه، وذهباً فجعله في شماله، ثم رفع يده وقال: هذان حرام علىٰ ذكور أمتي. وزاد ابن ماجه: وهي حل لإناثهم. وإسناده جيد. وورد من حديث أبي موسىٰ. أخرجه الترمذي ١٧٢٠ والنسائي ٨/ ١٦١ والطيالسي ٥٠٦ وأحمد ٤/ ٣٩٤. ٤٠٧ والطحاوي ٤/ ٢٥١ والبيهقي ٣/ ٢٧٥ كلهم من طريق سعيد بن أبي هند عن أبي موسىٰ مرفوعاً: حُرّم لباس الذهب والحرير علىٰ ذكور أمتي، وأحل لإناثهم. هذا لفظ الترمذي. وقال الترمذي: حسن صحيح! والصواب أنه معلول وأخرجه البزارّ ٣٠٠٥ والطبراني في الصغير ٤٦٤ من حديث عمر وفيه عمر بن جرير متروك.

ومن حديث عقبة بن عامر. أخرجه الطحاوي ٤/ ٢٥١ والبيهقي ٣/ ٢٧٥ وإسناده قوي

ومن حديث ابن عباس. أخرجه البزار ٣٠٠٦ وفيه إسماعيل بن مسلم المكي واهٍ

ومن حديث عبد الله بن عمرو بن العاص. أخرجه الطيالسي ٢٢٥٣ والطحاوي في المعاني ٤/ ٢٥١ وابن ماجه ٣٥٩٧ وإسناده ضعيف وجاء في تلخيص الحبير ١/ ٥٢.٥٣.٥٤ ما ملخصه: حديث أبي موسىٰ صححه الترمذي وهو معلول لأن سعيد بن أبي هند لم يلق أبا موسىٰ. وكذا أعله ابن حبان ومشىٰ ابن حزم علىٰ ظاهر إسناده، فصححه مع أنه معلول في الانقطاع.

وحديث علي قال عبد الحق: قال علي المديني: هو حديث حسن ورجاله معروفون.

وحديث عقبة بن عامر إسناده حسن. اهـ.

الخلاصة: هذا حديث صحيح بمجموع طرقه بلغ حد الشهرة. كما ترىٰ والله تعالىٰ أعلم.

هذان محرمان على ذكور أمتي حلال لإناثهم» ويروى «حلّ لإناثهم» **(إلا أن القليل عفو وهو مقدار ثلاثة أصابع أو أربعة كالأعلام والمكفوف بالحرير)** لما روي «أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن لبس الحرير إلا موضع إصبعين أو ثلاثة أو أربعة» أراد الأعلام. وعنه عليه الصلاة السلام «أنه كان يلبس جبة مكفوفة بالحرير». قال: **(ولا بأس بتوسده والنوم عليه عند أبي حنيفة، وقالا: يكره)** وفي الجامع الصغير ذكر قول محمد وحده ولم يذكر قول أبي يوسف.

الصلاة والسلام «حلّ لإناثهم»[1] مقدماً. قلنا: قوله «إنما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة»[2] يحتمل أن يكون بياناً لقوله «حرامان على ذكور أمتي»[3] لأن هذا وعيد لا بيان حكم فيحمل عليه تقليلاً للنسخ، ولأن قوله «هذان حرامان»[4] الحديث نص لبيان التفرقة في حق الحلّ والحرمة للذكور والإناث. وقوله «إنما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة»[5] لبيان الوعيد في حق من لبس الحرام فكانا كالظاهر والنص راجح على الظاهر أن نقول: الدليل دل على أن مقتضى الحلّ للإناث متأخر، وهو استعمال الإناث من لدن رسول ﷺ إلى يومنا هذا من غير نكير، وهذا آية قاطعة على تأخره، كذا ذكر السؤال والجواب في شرح تاج الشريعة والكفاية. قال صاحب العناية في تقرير السؤال: والجواب هنا. فإن قيل: الحديث الدالّ على حلة لهنّ إما أن يكون قبل الأول فينسخ به أو بعده فيتعارضان، لأن العام كالخاص في إفادة القطع عندنا أو لا يعلم التاريخ فيجعل المحرم متأخراً لئلا يلزم النسخ مرتين. فالجواب أنه بعده بدليل استعمالهن إياه من لدن رسول الله ﷺ من غير نكير، وذلك آية قاطعة على تأخره

في الآخرة» وهو عام في الذكر والأنثى لزم أن يقول **(وإنما حلّ للنساء بحديث آخر)** فإن قيل: الحديث الدال على حلة لهن إما أن يكون قبل الأول فينسخ به أو بعده فيتعارضان، لأن العام كالخاص في إفادة القطع عندنا، أو لا يعلم التاريخ فيجعل المحرم متأخراً لئلا يلزم النسخ مرتين، فالجواب أنه بعده بدليل استعمالهن إياه من لدن رسول الله ﷺ من غير نكير، وذلك آية قاطعة على تأخره فينسخ به المحرم، وتكرار النسخ بالدليل غير ممتنع. فإن قيل: قوله ﷺ «هذان حرامان» إشارة إلى جزئيين

الآخرة» **وهو عام في الذكر والأنثى)** أقول: لم يتعرض لعموم النهي لأظهرية العموم فيما ذكره، مع أنه فسر قول المصنف. لهما العمومات بالنهي عن لبس الحرير أيضاً لاحتمال توهم دعوى الخصوص بالرجال في النهي مستنداً بلفظ «لا تلبسوا» قوله: **(إما أن يكون قبل الأول فينسخ به الخ)** أقول: فإن قيل: ينبغي أن ينسخ أيضاً في الوجه الأول. قلنا: للمحرم رجحان فتأمل قوله: **(أو بعده فيتعارضان)** أقول: بل ينسخ الأول به فلا تمشية للسؤال وهو حاصل الجواب قوله: **(وتكرار النسخ بالدليل غير ممتنع)** أقول: على أن الإباحة الأصلية ليست بحكم شرعي فلا يلزم تكرار النسخ على ما حقق في مقامه قال المصنف: **(إلا أن القليل عفو وهو مقدار ثلاثة أصابع أو أربع)** أقول: الأصبع يذكر ويؤنث، فذكر في ثلاثة وأنث في أربعة قوله وقالا: **(يكره يعني للرجل والمرأة جميعاً)** أقول: كيف يقولان في قوله عليه الصلاة والسلام «حلال لإناثهم».

---

(١) هو عجز الحديث المتقدم.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٨٨٦ و ٢٦١٠٢ و ٥٨٤١ ومسلم ٢٠٦٨ من وجوه وأبو داود ٤٠٤٠ وابن ماجه ٣٥٩١ وعبد الرزاق ١٩٩٢٩ وأحمد ٢/٢٠. ١٤٦ وابن حبان ٥٤٣٩ وأبو يعلى ٢٣٩ ومالك ٢/٩١٧. ٩١٨ والبيهقي ٢/٤٢٢ و ٩/١٢٩ والبغوي ٣٠٩٩ من طرق كلهم من حديث ابن عمر: أن عمر رأى حُلّة سيراء عند باب المسجد فقال: يا رسول الله لو اشتريت هذه فلبستها يوم الجمعة، وللوفد إذا قدموا عليك. فقال رسول الله ﷺ: إنما يلبس هذه من لا خلاق له في الآخرة، ثم جاءت رسول الله ﷺ منها حُلَل فأعطى عمر منها حُلّةً فقال عمر: يا رسول الله كسوتنيها وقد قلت في حُلّة عُطاردٍ ما قلت؟! فقال رسول الله ﷺ: إني لم أكْسُكها لتلبسها فكساها عمر أخاً له بمكه مشركاً.

هذا لفظ البخاري ومسلم وغيرهما.

وقوله: سِيرَاء. بكسر السين وفتح الياء. الحرير وقوله: عطارد هو صاحب الحلة يدعى عطارد بن حاجب التميمي. وأخو عمر اسمه عثمان بن حكيم، وكان أخا عمر لأمه وقيل غير ذلك، وقد اختلف في إسلامه اهـ.

أفاده ابن حجر في الفتح ٢/٣٧٤ كتاب الجمعة.

(٣) تقدم مستوفياً قبل حديثين.

(٤) هو المتقدم.

(٥) هو بعض حديث ابن عمر عن عمر تقدم قبل حديثين.

وإنما ذكره القدوري وغيره من المشايخ. وكذا الاختلاف في ستر الحرير وتعليقه على الأبواب. لهما العمومات، ولأنه من زيّ الأكاسرة والجبابرة والتشبه بهم حرام. وقال عمر رضى الله عنه: إياكم وزيّ الأعاجم[١] وله ما روي «أنه عليه الصلاة والسلام جلس على مرفقة حرير»[٢]. وقد كان على بساط عبد اللّه بن عباس رضي اللّه عنهما مرفقة حرير، ولأن القليل من الملبوس مباح كالأعلام فكذا القليل من اللبس والاستعمال. والجامع كونه نموذجاً على ما عرف. قال: **(ولا بأس بلبس الحرير والديباج في الحرب عندهما)** لما روى الشعبي أنه عليه الصلاة والسلام رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب»[٣] ولأن فيه ضرورة فإن الخالص منه أدفع لمعرة السلاح وأهيب في عين العدوّ لبريقه **(ويكره عند أبي حنيفة)** لأنه لا فصل فيما رويناه. والضرورة اندفعت بالمخلوط وهو الذي لحمته حرير وسداه

فينسخ به المحرم، وتكرار النسخ بالدليل غير ممتنع انتهى كلامه. أقول: تقرير السؤال على الوجه الذي ذكره صاحب العناية ليس بسديد، لأن الترديد المثلث المذكور فيه قبيح جداً بل مختل المعنى، فإنه إن أراد بقوله في الشق الثاني فيتعارضان أنهما حينئذٍ يتعارضان فيتساقطان فليس بصحيح، إذ المؤخر يكون ناسخاً للمقدم البتة عند التعارض والتساوي في القوّة، وإنما التساقط فيما إذا لم يعلم التاريخ ولم يمكن الجمع بينهما بطلب المخلص كما تقرر كل ذلك في علم الأصول، وإن أراد بذلك أنهما يتعارضان ويكون المؤخر ناسخاً للمقدم فهو يدفع السؤال عن المقام فلا وجه لدرجه في جانب السؤال. وأقول: في الجواب الذي ذكره أيضاً شيء، وهو أنه ذكر في الشروح وسائر المعتبرات أنه قال بعض الفقهاء: لبس الحرير حرام على النساء أيضاً لعموم النهي. ولما حدّث الطحاوي عن أبي بكرة عن أبي داود عن شعبة قال: أخبرني أبو ذبيان قال: سمعت ابن الزبير يخطب يقول: يا أيها الناس لا تلبسوا نساءكم الحرير فإني سمعت عمر بن الخطاب يقول: سمعت رسول الله ﷺ يقول «من لبس الحرير في الدنيا لم يلبسه في الآخرة»[٤] فقد ظهر أن بعض الفقهاء سيما ابن الزبير رضي الله تعالى عنه أنكروا استعمال النساء الحرير فكيف يتم أن يقال في الجواب إنه بعده بدليل استعمالهن إياه من لدن رسول الله ﷺ من غير نكير فتأمل. ثم قال صاحب العناية: فإن قيل: قوله ﷺ «هذان حرامان»[٥] إشارة إلى جزئيين، فمن أين العموم؟ أجيب بأن المراد

فمن أين العموم؟ أجيب بأن المراد الجنس ولئن كان شخصاً فغيره يلحق به بالدلالة. وقوله: **(قالا: ويكره)** يعني للرجل والمرأة جميعاً، بخلاف اللبس. وقوله: **(لهما العمومات)** يريد به قوله «نهى عن لبس الحرير» وقوله: «وإنما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة» وما روي عن عمر رضي الله عنه أنه استقبل جيشاً من الغزاة رجعوا بغنائم ولبسوا الحرير، فلما وقع بصره عليهم أعرض عنهم. فقالوا: لم أعرضت عنا؟ قال: لأني أرى عليكم ثياب أهل النار، والمرفقة بكسر الميم: وسادة

---

(١) أثر عمر. أخرجه ابن حبان ٤٥٤ وأبو يعلى ٢١٣ وعبد الرزاق ١٩٩٩٤ وأحمد ١/ ٤٣ كلهم عن أبي عثمان النهدي قال: أتانا كتاب عمر ونحن بأذربيجان مع عتبة بن فرقد وفيه: وإياكم وزي العجم، وعليكم بالشمس فإنها حمام العرب، واخشوشنوا، واخلولقوا... الأثر. وإسناده صحيح على شرط مسلم.

(٢) لا أصل له. ذكره صاحب الهداية وقال الزيلعي في تخريجه ٤/ ٢٢٧: غريب جداً. وأثر ابن عباس رواه ابن سعد. وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ٢٢١: لم أجده اهـ يعني الخبر المرفوع

(٣) ضعيف جداً. قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٢٢٧: غريب عن الشعبي. رواه ابن عدي من حديث الحكم بن عمير وأعله عبد الحق بعيسى بن إبراهيم وقال: هو ضعيف عندهم بل متروك.
وقال ابن القطان: وبقية بن الوليد لا يحتج به وفيه موسى بن أبي حبيب ضعيف أيضاً اهـ.
قلت: هو في الكامل لابن عدي ٥/ ٢٥٠ وفيه ثلاثة ضعفاء. فهذا إسناد واه بمرة والله تعالى أعلم.

(٤) حسن غريب. أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٤/ ٢٥٢ من حديث ابن الزبير عن عمر مرفوعاً. وزاد: قال ابن الزبير: وأنا أقول: من لم يلبسه في الآخرة لم يدخل الجنة لأن الله عز وجل يقول ﴿لباسهم فيها حرير﴾ ورجاله ثقات معروفون سوى شيخ الطحاوي لم أجد من ترجمه.
وقد قال الطحاوي عقبه: وحديث علي وأبي موسى وعبد الله بن عمر وزيد بن أرقم أخبروا أن المراد بذلك الرجال دون النساء وهو أولى. وحديث ابن الزبير الأولى أن يُحمل على هذا اهـ.

(٥) تقدم في أول هذا الفصل مستوفياً.

غير ذلك، والمحظور لا يستباح إلا لضرورة. وما رواه محمول على المخلوط. قال: **(ولا بأس بلبس ما سداه حرير ولحمته غير حرير كالقطن والخز في الحرب وغيره)** لأن الصحابة رضي الله عنهم كانوا يلبسون الخزّ، والخزّ مسدى بالحرير، ولأن الثوب إنما يصير ثوباً بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة دون السدى. وقال أبو يوسف: أكره ثوب القزّ يكون بين الفرو والظهارة، ولا أرى بحشو القزّ بأساً لأن الثوب ملبوس والحشو غير ملبوس. قال: **(وما كان لحمته حريراً وسداه غير حرير لا بأس به في الحرب)** للضرورة **(ويكره في غيره)** لانعدامها، والاعتبار

الجنس، ولئن كان شخصاً فغيره ملحق به بالدلالة انتهى. أقول: فيه بحث، وهو أنه قد تقرّر في علم الأصول أن عبارة النص ترجح على إشارته وإشارته ترجح على دلالته، فعلى تقدير أن يكون غير الشخص المشار إليه في قوله عليه الصلاة والسلام «هذان حرامان»[1] الحديث ملحقاً به بالدلالة يلزم أن يرجح الحديث الدال عبارة أو إشارة على حرمة لبس الحرير مطلقاً على الذكر والأنثى كقوله عليه الصلاة والسلام «إنما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة»[2] على هذا الحديث في حق ما أفاده دلالة وهو حل لبس الحرير الذي هو غير الشخص المشار إليه في هذا الحديث النساء، فليزم أن لا ينتهض هذا الحديث حجة لحل لبس الحرير الغير المشار إليه في الحديث للنساء فمن أين ثبت العموم قوله: **(ولا بأس بتوسده والنوم عليه عند أبي حنيفة. وقالا: يكره)** قال الشراح: يعني للرجل والمرأة جميعاً بخلاف اللبس. ومأخذهم الخلاصة فإنه قال فيها: والرجل والمرأة في هذا سواء. بخلاف اللبس. وعن هذا قال في النهاية، كذا في الخلاصة. وقال في معراج الدراية: ذكره في الخلاصة. أقول: تعميم قول الإمامين هنا للمرأة أيضاً مشكل، فإن قول النبي ﷺ «حلال لإناثهم»[3] ليس بمقيد باللبس بل الظاهر أنه يعم التوسد والنوم عليه أيضاً. وهما مع كونهما مستدلين على مدعاهما ها هنا بالعمومات كيف يتركان العمل بعموم هذا الحديث المشهور الذي روته جماعة من كبار الصحابة رضي الله عنهم قوله: **(لهما العمومات)** قال صاحب النهاية: وهي ما ذكره من قوله «نهى عن لبس الحرير»[4] وقوله «إنما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة»[5] وما روي عن عمر رضي الله تعالى عنه أنه استقبل جيشاً من الغزاة رجعوا بغنائم ولبسوا الحرير فلما وقع بصره عليهم أعرض عنهم، فقالوا: لم أعرضت عنا؟ قال: لأني رأيت عليكم ثياب أهل النار انتهى. واقتفى أثره صاحب العناية في بيان المراد من العمومات بهذه

الاتكاء. وقوله: **(والجامع كونه نموذجاً)** يريد به أن المستعمل يعلم بهذا المقدار لذة ما وعد له في الآخرة منه ليرغب في تحصيل سبب يوصله إليه. وقوله: **(لا فصل فيما رويناه)** يريد به قوله ﷺ «هذان حرامان على ذكور أمتي». وقوله: **(والخزّ مسدى بالحرير)** قيل هو اسم لثوب سداه حرير ولحمته صوف حيوان في الماء. وجملة وجوه هذه المسائل ثلاثة: الأول ما يكون كله حريراً وهو الديباج لا يجوز لبسه في غير الحرب بالاتفاق، وأما في الحرب فعند أبي حنيفة رحمه الله لا يجوز، وعندهما يجوز وقد مرّ الوجه من الجانبين. والثاني ما يكون سداه حريراً ولحمته غيره فلا بأس بلبسه في الحرب وغيره، لأن الحكم إذا تعلق بعلة ذات وصفين يضاف إلى آخرهما وجوداً واللحمة كذلك. والثالث عكس الثاني وهو مباح في الحرب

قوله: **(يريد به قوله نهى عن لبس الحرير)** أقول: التوسد والنوم عليه ليس لبساً فكيف يستدل به، إلا أن يقال ذلك في معناه، وقد مر مثله في الفصل الأول.

---

(١) هو المتقدم.

(٢) تقدم قبل قليل من حديث ابن عمر.

(٣) تقدم في أول هذا الفصل.

(٤) صحيح. أخرجه مسلم ٢٠٦٩ من وجوه والترمذي ١٧٢١ وأحمد ١/ ٥١ والطحاوي ٤/ ٢٤٤ والبيهقي ٣/ ٢٦٩ وابن حبان ٥٤٤١ كلهم عن عمر: أنه خطب فقال: نهىٰ رسول الله ﷺ عن لبس الحرير إلا في موضع أصبعين، أو ثلاث، أو أربع.
وأخرجه أيضاً أبو داود ٤٠٤٢ وابن ماجه ٣٥٩٣ والطحاوي ٤/ ٢٤٤ من وجه آخر عن عمر مرفوعاً.

(٥) تقدم في أول هذا الفصل وهو الحديث الثاني.

للحمة على ما بينا. قال: **(ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب)** لما روينا **(ولا بالفضة)** لأنها في معناه **(إلا بالخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة)** تحقيقاً لمعنى النموذج. والفضة أغنت عن الذهب إذ هما من جنس واحد، كيف

المذكورات، أقول: حمل العمومات على هذه المذكورات لا يكاد يتم، لأن مدلول كل من هذه المذكورات إنما هو حرمة لبس الحرير، والكلام ها هنا في توسده والنوم عليه، والظاهر أنهما ليسا بلبس، إلا أن يقال لمن توسد شيئاً أو نام عليه إنه لبسه لا في اللغة ولا في العرف فأنى يوجد العموم، اللهم إلا أن يقال: التوسد والافتراش وإن لم يكونا لبساً في الحقيقة إلا أنهما في حكم اللبس في تحقق الاستعمال والانتفاع بهما فصار ملحقين باللبس عندهما، وكان مرادهما بالعموم هو العموم دلالة لا عبارة لكنه تعسف جداً كما لا يخفى. وقال تاج الشريعة في بيان العمومات. هي «وهذان حرامان»[١] الحديث، وقوله عليه الصلاة والسلام «لأن أتكىء على جمرة الغضا أحبّ إليّ من أن أتكىء على مرفقة حرير»[٢] وعن عليّ رضي الله عنه أنه أتى بدابة على سرجها حرير فقال: هذا لهم في الدنيا ولنا في الآخرة انتهى. واقتفى أثره صاحب الكفاية في هذا البيان. أقول: هذا أشبه من الأول، ولكن فيه أيضاً شيء، فإن العموم في الحديث الأول ظاهر حيث لم يقيد الحرمة فيه بشيء من اللبس والتوسد وغيرها، وأما في الأخيرين فلا، لأن الثاني مخصوص بالاتكاء والثالث مخصوص بما يفعل في السرج من القعود والافتراش فلم يظهر في شيء منهما العموم إلا أن ينظر في الثالث إلى مجرد قوله هذا لهم في الدنيا ولنا في الآخرة مع قطع النظر عما قبله فحينئذٍ يتحمل العموم كما ترى قوله: **(والمحظور لا يستباح إلا لضرورة)** قال بعض المتأخرين: قوله والمحظور لا يستباح إلا لضرورة يوهم أن ما لحمته حرير وسداه غيره مباح في غير الحرب أيضاً. فحق التعبير والضرورة اندفعت إباحة الأدنى فلا حاجة إلى استباحة الأعلى، ولو حملنا المعنى على المحظور لا يستباح إلا لضرورة فإذا أمكن اندفاعها بالأدنى منه لا يصار إلى استباحة الأعلى كان الكلام من قيل الإيجاز المخل، إلى هنا كلامه، أقول: ليس هذا بشيء، فإن جميع مقدماته مجروح. أما قوله والمحظور لا يستباح إلا لضرورة يوهم أن ما لحمته حرير وسداه غير مباح في غير الحرب أيضاً، فلأن ذلك الإيهام إنما يتصور أن لو تحققت الضرورة في غير الحرب أيضاً وليس فليس. وأما قوله فحق التعبير والضرورة اندفعت بإباحة الأدنى فلا حاجة إلى استباحة الأعلى فلأن حق التعبير كيف يكون ذلك. ويرد عليه أن يقال: يجوز أن يكون استباحة الأعلى للتوسعة بها لا للحاجة إليها فلا بد في دفع ذلك من المصير إلى قول المصنف والمحظور لا يستباح إلا لضرورة. وأما قوله ولو حملنا المعنى إلى قوله كان الكلام من قبيل الإيجاز المخل فلأنه إنما يكون الكلام على ذلك المعنى من قبيل الإيجاز المخل أن لو كان قوله فإذا أمكن اندفاعها بالأدنى منه لا يصار إلى استباحة الأعلى مقدراً في كلام المصنف. وأما إذا كان مضمون ذلك القول مفهوماً من المقدمة السابقة وهي قوله والضرورة اندفعت بالمخلوط كما هو حقيقة الحال فلا يوجد الإيجاز المخلّ في الكلام الذي ذكره المصنف كما لا يخفى؛ وكأن ذلك البعض لم يلاحظ ارتباط هذه المقدمة. أعني قوله والمحظور لا يستباح إلا لضرورة بالمقدمة السابقة عليها وهي قوله والضرورة اندفعت بالمخلوط. ولا شك أن قوله والضرورة اندفعت بالمخلوط شروع في الجواب عن دليلهما العقلي وهو قولهما ولأن فيه ضرورة الخ، وقد اعترف

للضرورة وهو إيقاع الهيبة في عين العدو لبريقه ودفع معرّة السلاح، ولا ضرورة في غيره فيكون مكروهاً. وقوله: **(على ما بينا)** إشارة إلى قوله لأن الثوب إنما يصير ثوباً بالنسج والنسج باللحمة. روى هشام عن محمد رحمه الله أنه ما كان يرى باللباس المرتفع جداً بأساً، قال: «خرج رسول الله ﷺ ذات يوم وعليه رداء قيمته ألف درهم. وربما قام إلى الصلاة وعليه

---

(١) تقدم في أول هذا الفصل.

(٢) غريب. بحثت عنه فيما بين يدي من الكتب وكذلك في مكتبة شيخنا المفضال عبد القادر الأرناؤوط وبحث عنه معي فلم نجده. فليحرر. والله تعالى أعلم.

وقد جاء في إباحة ذلك آثار. وفي الجامع الصغير: ولا يتختم إلا بالفضة، وهذا نص على أن التختم بالحجر والحديد والصفر حرام. «ورأى رسول الله عليه الصلاة والسلام على رجل خاتم صفر فقال: ما لي أجد منك رائحة

به ذلك البعض في شرحه المقام. ثم لا يذهب على الفطن أن الجواب عن ذلك لا يتم بمقدمة واحدة، فقوله والمحظور لا يستباح إلا لضرورة من تمام الجواب. والمعنى أن المحظور الشرعي لا يستباح إلا لضرورة، والضرورة فيما نحن فيه قد اندفعت بالخلوط الذي لحمته حرير وسداه غير ذلك، فلا مجال لاستباحة الخالص منه، فالمقدمة الثانية في تقرير المصنف مقدمة في المعنى إلا أنه أخرها في الذكر لكون مساس المقدمة الأولى بدليلها العقلي أكثر، وتأثيرها في الجواب عن ذلك الدليل أظهر، فلا غبار في كلام المصنف ها هنا أصلاً تأمل ترشد قوله: **(وما رواه محمول على المخلوط)** أقول: فيه نظر، لأن ما رواه ترخيص النبي ﷺ في لبس الحرير والديباج في الحرب[1] والحمل على المخلوط إن صح في الحرير لا يصح في الديباج، لأن الديباج في اللغة والعرف ما كان كله حريراً. قال في المغرب الديباج الذي سداه ولحمته إبريسم. وقال الشراح: جملة وجوه هذه المسألة ثلاثة: الأول ما يكون كله حريراً وهو الديباج لا يجوز لبسه في غير الحرب بالاتفاق، وأما في الحرب فعند أبي حنيفة لا يجوز وعندهما يجوز. والثاني ما يكون سداه حريراً ولحمته غيره فلا بأس بلبسه في الحرب وغيره. والثالث عكس الثاني وهو مباح في الحرب دون غيره، فقد صرحوا في كلامهم هذا بأن الديباج ما كان كله حريراً فلا مجال للحمل على المخلوط في حقه قوله: **(ولأن الثوب إنما يصير ثوباً بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة دون السدي)** قال جمهور الشراح في تعليل هذا لأن الحكم إذا تعلق بعلة ذات وصفين يضاف الحكم إلى آخرهما واللحمة آخرهما انتهى. وقال بعض المتأخرين: وقد يقال لأن الثوب لا يكون ثوباً إلا بهما، والشيء إذا تعلق وجوده بشيئين يضاف إلى آخرهما وجوداً. أقول: لا يخفى أن المصنف لم يعتبر في التعليل كون اللحمة آخر جزء من الثوب ولم يلتفت فيه إلى المقدمة القائلة: إذا تعلق وجود شيء بشيئين يضاف إلى آخرهما وجوداً، فيكون كل مما ما ذكر دليلاً مستقلاً منقطعاً عن الآخر يرشدك إليه قول الزيلعي لأن الثوب لا يصير ثوباً إلا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة. أو تقول: الثوب لا يكون ثوباً إلا بهما فتكون العلة ذات وجهين فيعتبر آخرهما وهو اللحمة انتهى. لكن لا يخفى عليك أن القول بأن النسج يكون باللحمة وهم بل هو باللحمة والسدي معاً فالتعويل على الدليل الثاني، ولهذا عدل عنه صاحب الكافي وقال: ولأنه بالنسج يصير ثوباً وهو باللحمة والسدي فيضاف كونه ثوباً إلى آخر الأمرين وهو اللحمة وجعلت حكماً في الإباحة ثم الفرق بين ما ذكره المصنف وبين ما نقلناه من الدليلين مع كونه ظاهراً خفي على بعض الشراح حيث علل الأول بالثاني، إلى هنا لفظ ذلك البعض. أقول: لم يصب ذلك في رأيه ها هنا، بل خرج عن سنن السداد، إذ لا يخفى على ذي مسكة أن الدليل الذي ذكره المصنف لا يفيد المدعي بدون المصير إلى المقدمة القائلة إن الحكم إذا تعلق بشيئين يضاف إلى آخرهما، لأن النسج إنما يحصل باللحمة والسدي معاً لا باللحمة وحدها إذ النسخ إنما هو تركيب اللحمة بالسدي كما صرحوا به فلا يثبت كون الاعتبار باللحمة دون السدي إلا بملاحظة تلك المقدمة. فإذا لم يفد ما ذكره المصنف المدعي بدون المصير إلى تلك المقدمة لم يبق احتمال أن يكون هذا دليلاً مستقلاً وتلك المقدمة دليلاً آخر، فلا جرم نبه جمهور الشراح على كون تلك المقدمة معتبرة فيما ذكره المصنف بضمهم إياها إليه بطريق التعليل لقوله فكانت هي المعتبرة دون السدي وأصابوا فيما فعلوا حيث حملوا الدليل الذي ذكره المصنف على المعنى الصحيح التام مع تحمل كلامه إياه، فإن عدم اعتباره في التعليل كون

رداء قيمته أربعة آلاف درهم» وأبو حنيفة كان يرتدي برداء قيمته أربعمائة دينار. وقد قال الله تعالى: ﴿قل من حرّم زينة الله

---

(١) هو المتقدم وإسناده ضعيف جداً.

الأصنام. ورأى على آخر خاتم حديد فقال: ما لي أرى عليك حلية أهل النار»[١] ومن الناس من أطلق الحجر الذي يقال له يشب لأنه ليس بحجر. إذ ليس له ثقل الحجر. وإطلاق الجواب في الكتاب يدل على تحريمه **(والتختم بالذهب على الرجال حرام)** لما روينا. وعن عليّ رضي اللّه عنه «أن النبيّ عليه الصلاة والسلام نهى عن التختم بالذهب»[٢] ولأن الأصل فيه التحريم. والإباحة ضرورة الختم أو النموذج وقد اندفعت بالأدنى وهو الفضة. والحلقة

اللحمة آخر جزء من الثوب ليس اعتباراً لعدمه وعدم التفاته فيه إلى التصريح بتلك المقدمة يجوز أن يكون بناء على ظهور اعتبارها فيه واعتماداً على تقرره في كلمات المشايخ، وليس في كلامه ما يمنعه فإنه قال: والنسج باللحمة بدون القصر عليها فكأنه قال: وتمام النسج أو آخر النسج باللحمة. والعجب من ذلك البعض أنه مع اعترافه ببطلان ما ذكره المصنف بدون اعتبار حديث إضافة الحكم إلى آخر الجزءين حيث قال: لكن لا يخفى عليك أن القول بأن النسج يكون باللحمة وهم، بل هو باللحمة والسدي معاً جعل ما ذكره المصنف دليلاً مستقلاً بدون المصير إلى تلك المقدمة فاختار بطلان ما ذكره المصنف في التعليل حينئذٍ، وشنع على الشراح المصلحين كلامه بعدم الفرق بين ما ذكره المصنف وغيره، وما غرّه إلا عبارة الزيلعي، ولم ينظر أو لم يلتفت إلى ما وقع في كلام فحول مشايخ من جعل المجموع دليلاً واحداً منهم صاحب البدائع فإنه قال في تقرير الدليل المذكور إن الثوب يصير ثوباً باللحمة، لأنه إنما يصير ثوباً بالنسج والنسج تركيب اللحمة بالسدي فكانت اللحمة كالوصف الأخير فيضاف الحكم إليه

---

(١) حسن غريب. أخرجه أبو داود ٤٢٢٣ والترمذي ١٧٨٥ والنسائي ٨/ ١٧٢ وابن حبان ٥٤٨٨ كلهم من حديث بريدة: جاء رجل إلىٰ النبي ﷺ وعليه خاتم من حديد فقال: مالي أرىٰ عليك حلية أهل النار ثم جاءه وعليه خاتم من شَبَهٍ فقال: مالي أجد منك ريح الأصنام؟ فقال: يا رسول الله من أيّ شيء اتخذه؟ قال: اتخذه من وَرِقٍ، ولا تتمهُ مثقالاً.
قال الترمذي: حديث غريب. وفي الباب من حديث عبد الله بن عمرو.
قلت: مداره علىٰ عبد الله بن مسلم. قال عنه ابن حجر في التقريب: صدوق يهم.
وحديث ابن عمرو الذي أشار إليه الترمذي. أخرجه أحمد ٢/ ١٦٣ . ١٧٩ . ٢١١ والبخاري في الأدب المفرد ١٠٢١ والطحاوي ٤/ ٢٦١ وإسناده حسن. وسياقه: أن النبي ﷺ رأىٰ علىٰ بعض أصحابه خاتماً من ذهب، فأعرض عنه، فألقاه، واتخذ خاتماً من حديد. فقال: هذا شر. هذا حلية أهل النار، فألقاه، فاتخذ خاتماً من وَرِقٍ، فسكت عنه النبي ﷺ وورد نحوه من حديث عمر. أخرجه أحمد ١/ ٢١ إلا أنه منقطع. لأن عمار بن أبي عمار لم يدرك عمر. الخلاصة: فهذا الحديث بمجموع هذه الطرق الثلاث لا سيما من حديث ثلاثة من الصحابة يصير حسناً من جهة الإسناد ويبقىٰ غريباً حيث أنه معارض بحديث: التمس ولو خاتماً من حديد. وهذا متفق عليه.
قوله: خاتم من شَبَهٍ. ورواية: من صُفْرٍ.
الشبه: النحاس الأصفر. وأما الصُّفْرُ: فهو ضرب من النحاس أيضاً وهو الجيد منه.
فائدة: وذكر ابن القيم في إعلام الموقعين ٣/ ٤١٢ عن إسحق بن منصور أنه سأل أحمد: هل يكره الخاتم من ذهب أو حديد؟ فقال: إي والله اهـ يعني أنه اعتدّ بحديث الباب.

(٢) صحيح. أخرجه أبو داود ٤٠٥١ والترمذي ٢٨٠٨ والنسائي ٢/ ١٨٧ و ٨/ ١٦٦ . ١٦٧ . ١٦٨ وابن ماجه ٣٦٥٤ والطحاوي ٤/ ٢٦٠ وابن حبان ٥٤٣٨ وعبد الرزاق ٢٨٣٦ وأحمد ١/ ٩٣ . ٩٤ . ١٠٤ . ١٣٧ وعبد الله بن أحمد في الزوائد ١/ ١٣٣ والبغوي ٣١٣٠ من طرق عن هُبيرة بن يريم عن علي قال: نهىٰ رسول الله ﷺ عن خاتم الذهب والقَسِّيِّ والميثرة.
وإسناده جيد رجاله ثقات رجال الشيخين غير هُبيرة وهو صدوق وقد توبع. فقد أخرجه مسلم ٤٨٠ من طرق و ٢٠٧٨ وأبو داود ٤٠٤٤ و ٤٠٤٥ و ٤٠٤٦ والترمذي ٢٦٤ و ١٧٢٥ و ١٧٣٧ والنسائي ٨/ ١٦٨ . ١٦٩ و ٢/ ١٨٩ وابن ماجه ٣٦٠٢ ومالك ١/ ٨٠ والطيالسي ١٠٣ وعبد الرزاق ٢٨٣٢ و ١٩٩٦٤ وأحمد ١/ ٩٢ . ١١٤ . ١٢٦ وأبو يعلىٰ ٢٨٦ و ٣٢٩ و ٤١٤ و ٤١٥ و ٤٢٠ والطحاوي ٤/ ٢٦٠ . ٢٦٢ وابن أبي شيبة ٨/ ٣٦٩ وابن حبان ٥٤٤٠ والبيهقي ٢/ ٢٤٢ و ٣/ ٢٧٤ والبغوي ٣٠٩٤ من طرق عن عبد الله بن حُنين عن علي قال: نهىٰ رسول الله ﷺ عن التختم بالذهب، وعن لباس القَسِّيِّ والمعصفر، وعن القراءة في الركوع والسجود.
وكرره ٤٨٠ ج ٢١٢ و ٢١٣ والنسائي ٢/ ١٨٨ ـ ٢١٧ وأبو يعلىٰ ٣٠٤ و ٦٠٣ و ٦٠٤ والطحلوي ٤/ ٢٦٠ كلهم من رواية ابن عباس عن علي به والقَسِّيُّ: ثوب يحمل من مصر يخالطه الحرير اهـ مختار. والميثرة: من مراكب الأعاجم من ديباج أو حرير، وهي التي جاء فيها النهي اهـ قاله في المختار نقلاً عن أبي عبيد.

هي المعتبرة لأن قوام الخاتم بها. ولا معتبر بالفص حتى يجوز أن يكون من حجر ويجعل الفص إلى باطن كفه. بخلاف النسوان لأنه تزين في حقهن، وإنما يتختم القاضي والسلطان لحاجته إلى الختم. وأما غيرهما فالأفضل أن

انتهى. ومنهم صاحب المحيط فإنه أيضاً قال في تقرير ذلك: لأن الثوب إنما يصير ثوباً بالنسج، والنسج إنما يتأتى باللحمة آخرهما فيضاف صيرورته ثوباً على اللحمة، فإذا كانت اللحمة من الحرير كان الكل حريراً حكماً انتهى. ومنهم صاحب الكافي فإنه أيضاً جمع كما نقله ذلك البعض، ثم إنه يجوز أن يكون مراد الزيلعي بقوله أو نقول إلخ تقرير ذلك الدليل بعبارة أخرى من غير تعرض لقيد النسج لا ذكر دليل آخر مستقل مغاير للأول في المعنى والمآل، يرشد إليه أنه قال بعد ذلك: ولأن اللحمة هي التي تظهر في المنظر فتكون العبرة بما يظهر دون ما يخفى انتهى حيث أعاد حرف التعليل وهي اللام في هذا الدليل إشارة إلى استقلاله، فلو كان مراده بما ذكره بقوله أو نقول الخ إيراد دليل آخر مستقل لأعاد اللام فيه أيضاً تبصر قوله: (**ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب لما روينا ولا بالفضة لأنها في معناه**) أقول: لمانع أن يمنع كونه في معناه، كيف وقد صرح فيما بعد بأنها أدنى منه حيث قال في تعليل حرمة التختم بالذهب على الرجال، ولأن الأصل فيه التحريم والإباحة ضرورة التختم أو النموذج وقد اندفعت بالأدنى وهو الفضة. ولا يخفى أن الأدنى لا يكون في معنى الأعلى. وتوضيحه أن مقصود المصنف بقوله لأنها في معناه إثبات عدم جواز التحلي بالفضة للرجل بدلالة النص الوارد في حرمة الذهب على الرجال وهو قوله ﷺ «هذان حرامان على ذكور أمتي»[1] وقد تقرر في علم الأصول أن شرط دلالة النص أن يكون المسكوت عنه أولى من المنطوق في الحكم الثابت للمنطوق أو مساوياً له فيه، ولا يجوز أن يكون أدنى منه، ولس الأمر في الفضة كذلك لما عرفت قوله: (**ومن الناس من أطلق في الحجر الذي يقال له يشب. لأنه ليس بحجر. إذ ليس له ثقل الحجر**) أقول: الاستدلال على عدم حرمة التختم باليشب بأنه ليس بحجر مما لا حاصل له، لأن ما ليس بحجر قد يكون مما يحرم التختم به بلا خلاف كالحديد والصفر، ولم يرد نص في حرمة التختم بالحجر كوروده في الذهب والحديد والصفر حتى يكون المقصود من نفي كونه حجراً هو الاحتراز عن كونه مورد نص الحرمة، بل ورد النص في جواز التختم ببعض الأحجار كالعقيق، فإن روي «أن النبي ﷺ كان يتختم بالعقيق» وقال «تختموا بالعقيق فإنه مبارك»[2] كما ذكر

التي أخرج لعباده﴾ قال: (**ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب إلخ**) لا يجوز للرجال التحلي بالذهب لما روينا من قوله ﷺ «هذان حرامان على ذكور أمتي» ولا بالفضة لأنه في معناه. فإن قيل: قوله ﷺ «هذان حرامان على ذكور أمتي» لكونه خبر الواحد لا يعارض قول الله تعالى ﴿قل من حرّم زينة الله﴾ الآية، ولا يفيده لأن التقييد نسخ، فالجواب أنه مشهور متفق عليه تلقته الأمة بالقبول فجاز التقييد به. وقوله: (**وقد جاء في إباحة ذلك آثار**) هو ما روي «أنه كان لرسول الله ﷺ خاتم فضة فصه منه ونقشه: محمد سطر ورسول سطر والله سطر». وعن معاذ رضي الله عنه «أنه كان له خاتم من فضة ونقشه محمد رسول الله فقال له النبيّ ﷺ: ما نقش خاتمك يا معاذ؟ فقال: محمد رسول الله. فقال عليه الصلاة والسلام: آمن كل شيء من معاذ حتى خاتمه، ثم استوهبه النبي ﷺ من معاذ فوهبه منه»، فكان في يده ﷺ إلى أن توفي، ثم كان في يد أبي بكر رضي الله عنه إلى أن توفي، ثم كان في يد عمر رضي الله عنه إلى أن توفي، ثم كان في يد عثمان رضي الله عنه حتى وقع من يده في البئر فأنفق مالاً عظيماً في طلبه فلم يجده» فوقع الخلاف والتشويش بينهم بعد ذلك. وأتى بلفظ الجامع الصغير لأداء الحصر فيه

---

(١) تقدم في أول هذا الفصل.

(٢) ضعيف. أخرجه ابن عدي في الكامل ٧/ ١٤٦ . ١٤٧ والديلمي في الفردوس ٢٣٢٣ وابن الجوزي في الموضوعات ٣/ ٥٦ . ٥٧ كلهم من حديث عائشة.

وقال ابن الجوزي: فيه يعقوب بن الوليد قال أحمد: كان من الكذابين الكبار. وأخرجه ابن الجوزي من حديث علي وفاطمة وأنس، وأبطل أسانيدها ثم قال: قال العقيلي: لا يثبت في هذا شيء عن النبي ﷺ اهـ.

وقال السخاوي في المقاصد الحسنة ٣٢١: له طرق كلها واهية اهـ. ومن أراد المزيد فليراجع الموضوعات وكتب الواهيات والضعفاء.

يتركه لعدم الحاجة إليه. قال: **(ولا بأس بمسمار الذهب يجعل في حجر الفص)** أي في ثقبة لأنه تابع كالعلم في الثوب فلا يعدّ لابساً له. قال: **(ولا تشدّ الأسنان بالذهب وتشدّ بالفضة)** وهذا عند أبي حنيفة. وقال محمد: لا بأس بالذهب أيضاً. وعن أبي يوسف مثل قول كل منهما. لهما «أن عرفجة بن أسعد الكناني أصيب أنفه يوم الكُلاب فاتخذ أنفاً من فضة فأنتن. فأمره النبيّ عليه الصلاة والسلام بأن يتخذ أنفاً من ذهب»[1] ولأبي حنيفة أن الأصل فيه التحريم والإباحة للضرورة. وقد اندفعت بالفضة وهي الأدنى فبقي الذهب على التحريم. والضرورة فيما روى لم تندفع في الأنف دونه حيث أنتن. قال: **(ويكره أن يلبس الذكور من الصبيان الذهب والحرير)** لأن التحريم لما ثبت في حق الذكور وحرم اللبس حرم الإلباس كالخمر لما حرم شربها حرم سقيها. قال: **(وتكره الخرقة التي تحمل فيمسح بها العرق)** لأنه نوع تجبر وتكبر **(وكذا التي يمسح بها الوضوء أو يتمخط بها)** وقيل إذا كان عن حاجة لا

في الكافي وغيره. فكان التشبث بكونه حجراً أظهر نفعاً في إثبات مدعي من قال بعدم حرمة التختم به من نفي كونه جحراً، وعن هذا قال الإمام قاضيخان في شرح الجامع الصغير وفي فتاواه: ظاهر لفظ الكتاب يقتضي كراهة التختم بالحجر الذي يقال له يشب. والصحيح أنه لا بأس به لأنه ليس بذهب ولا حديد ولا صفر، بل هو حجر، وقد روي عن النبي ﷺ أنه تختم بالعقيق، انتهى كلامه قوله: **(والتختم بالذهب على الرجال حرام)** قال بعض المتأخرين: هذا تصريح بما علم من قوله إلا بالخاتم، إلا أنه ذكره توطئة لما فصله من دلائله انتهى. أقول: ليس ذاك بسديد، لأن معنى قوله إلا بالخاتم إلا أنه يجوز للرجال التحلي بالخاتم لأنه استثناء من قوله ولا يجوز للرجل التحلي بالذهب ولا بالفضة، والاستثناء من النفي إثبات بلا ريب، وما ذكره ها هنا حرمة التختم بالذهب على

(ومن الناس من أطلق) منهم شمس الأئمة السرخسي رحمه الله فقال: الأصح أنه لا بأس به كالعقيق فإنه مبارك تختم به النبي ﷺ، ولأنه ليس بحجر إذ ليس له ثقل الحجر، وإطلاق جواب الكتاب: يعني الجامع الصغير يدل على تحريمه، ولأنه يتخذ منه الأصنام فأشبه الصفر الذي هو المنصوص عليه. وقوله: **(لما روينا)** إشارة إلى قوله: «هذان حرامان» ومن الناس من جوّز التختم بالذهب لما روي عن البراء بن عازب رضي الله عنه «أنه لبس خاتم ذهب وقال: كسانيه رسول الله ﷺ. ولأن النهي عن استعمال الذهب والفضة سواء، فلما حلّ التختم بالفضة لقلته ولكونه نموذجاً وجعل كالعلم في الثوب فكذا في الآخر. والجواب أنه منسوخ بحديث ابن عمر رضي الله عنهما «أن النبي ﷺ نهى عن ذلك» وروي «أن رسول الله ﷺ اتخذ خاتماً من ذهب فاتخذ الناس خواتيم ذهب فرماه رسول الله ﷺ وقال: لا ألبسه أبداً، فرماه الناس» وقوله: **(ويجعل الفص إلى باطن كفه)** أي لأنه روي عن رسول الله ﷺ هكذا. وقوله: **(عن أبي يوسف رحمه الله مثل قول كل منهما)** يعني اختلف المشايخ في قول أبي يوسف، فمنهم من ذكر قوله مع أبي حنيفة رحمه الله هكذا ذكره الكرخي رحمه الله. وذكر في الأمالي مع قول محمد رحمه الله. والكلاب بضم الكاف وتخفيف اللام اسم ماء كانت عنده وقعة لهم، وقوله: **(وهو الصحيح)** لأن عامة المسلمين استعلموا هكذا في عامة البلدان لدفع الأذى عن الثياب النفيسة وما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وقد جاء في الحديث «أن النبي ﷺ كان يمسح وضوءه بالخرقة في بعض الأوقات» فلم يكن بدعة. وحاصله أن كل ما فعل على وجه التجبر فهو مكروه بدعة، وما فعل لحاجة وضرورة لا يكره، وهو نظير التربع في الجلوس والاتكاء، ومعنى قول الشاعر أن الرجل إذا خرج في سفر عمد إلى شجر يقال له رتم فشدّ بعض أغصانه ببعض، فإذا رجع وأصابه على تلك الحالة قال لم

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٤٢٣٢ و ٤٢٣٣ و ٤٢٣٤ والترمذي ١٧٧٠ والنسائي ٨/ ١٦٤ وأحمد ٥/ ٢٣ وابن أبي شيبة ٨/ ٤٩٩ وأبو يعلى ١٥٠١ و ١٥٠٢ والطحاوي ٤/ ٢٥٧ . ٢٥٨ والطبراني ١٧ (٣٦٩) وابن حبان ٥٤٦٢ والبيهقي ٢/ ٤٢٥ . ٤٢٦ من طرق كلهم عن عبد الرحمن بن طرفة عن جده عرفجة بن أسعد أنه أصيب أنفه. . . الحديث. ورجاله رجال البخاري ومسلم سوى عبد الرحمن وقد وثقه ابن حبان والعجلي وروى عنه اثنان فحديثه حسن. وقد حسنه الترمذي

وفي رواية لأبي داود ٤٢٣٣ قال يزيد بن هارون: قلت لأبي الأشهب. أحد الرواة. أدرك عبد الرحمن جدّه عرفجة؟ قال: نعم.

وورد في هذا عدة آثار ذكرها الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٢٣٧.

يكره وهو الصحيح. وإنما يكره إذا كان عن تكبر وتجبر وصار كالتربع في الجلوس **(ولا بأس بأن يربط الرجل في أصبعه أو خاتمه الخيط للحاجة)** ويسمى ذلك الرتم والرتيمة[1]. وكان ذلك من عادة العرب. قال قائلهم:

لا ينفعك اليوم إن همت بهم كثرة ما توصي وتعقاد الرتم

وقد روي أن النبيّ عليه الصلاة والسلام أمر بعض أصحابه بذلك[2]. ولأنه ليس بعبث لما فيه من الغرض الصحيح وهو التذكر عند النسيان.

الرجال فكيف يكون هذا تصريحا بما علم من قوله إلا بالخاتم. والتخالف بين نفي جواز الشيء وإثباته ضروري. ولو قال هذا تصريح بما فهم من قوله من الفضة في قوله إلا بالخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة على القول بأن مفهوم المخالفة معتبر في الروايات بالاتفاق لكان له وجه تأمل.

تخني امرأتي، وإن أصابه وقد انحلّ قال خانتني، هكذا المروى عن الثقات، إلا أن الليث ذكر الرتم بمعنى الرتيمة وهي خيط التذكرة يعقد بالأصبع، وكذلك الرتمة، قال الشاعر:

إذا لم تكن حاجتنا في نفوسكم فليس بمغن عنك عقد الرتائم

والتعقاد مصدر بمعنى العقد للمبالغة على وزن التفعال كالتهذار والتلعاب بمعنى الهذر واللعب، والله أعلم.

قال المصنف: (ولا بأس بأن يربط الرجل في أصبعه أو خاتمه الخيط للحاجة، ويسمى ذلك الرتم والرتيمة) أقول: قال العلامة الزيلعي: الرتيمة قد تشتبه بالتميمة على بعض الناس، وهي خيط كان يربط في العنق أو في اليد في الجاهلية لدفع المضرة عن أنفسهم على زعمهم، وهو منهي عنه، وذكر في حدود الإيمان أنه كفر انتهى.

---

(١) الرّتيمة: خيط يُشد في الأصبع لتُستذكر به الحاجة وكذا الرتمة. بسكون التاء اهـ مختار.

(٢) باطل. قال الزيلعي في نصب الراية ٤/٢٣٨: غريب. وروى أبو يعلى عن ابن عمر أن النبي ﷺ كان إذا أشفق من الحاجة أن ينساها ربط في إصبعه خيطاً ليذكرها. ورواه ابن عدي والعقيلي وابن حبان في المجروحين وفيه سالم بن عبد الأعلى متروك. ونقل الترمذي في علله عن البخاري قوله: هو منكر الحديث. وكذا ذكر ابن أبي حاتم في علله عن أبيه قال: هو حديث باطل. وأخرجه الطبراني من حديث واثلة بن الأسقع وفيه بشر ابن إبراهيم يضع الحديث.
وأخرجه الطبراني في الكبير من حديث رافع بن خديج وفيه غياث بن إبراهيم يضع الحديث اهـ.
وانظر الدراية ٢/٢٢٤ وعلل أبي حاتم ٢/٢٥٢ وابن عدي في الكامل ٣/٣٤٢.

فصل في الوطء والنظر واللمس

قال: **(ولا يجوز أن ينظر الرجل إلى الأجنبية إلا وجهها وكفيها)** لقوله تعالى: **﴿ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها﴾** قال عليّ وابن عباس رضي الله عنهما، ما ظهر منها الكحل والخاتم[1]. والمراد موضعهما وهو الوجه والكف، كما أن المراد بالزينة المذكورة موضعها. ولأن في إبداء الوجه والكف ضرورة لحاجتها إلى المعاملة مع

فصل في الوطء والنظر واللمس

لا يذهب على الناظر في المسائل المذكورة في هذا الفصل أن ما يتعلق منها بالوطء إنما هي مسألة جواز العزل عن أمته بغير إذنها. وعدم جواز ذلك في الحرة إلا بإذنها، وأن تلك المسألة مع كون المقصود منها بيان محل جواز العزل وغير محله لا بيان حال الوطء نفسه قد ذكرت في آخر هذا الفصل، فالمناسب أن يؤخر ذكر الوطء في عنوان الفصل أيضاً فيقال: فصل في النظر واللمس والوطء على ترتيب ذكر المسائل الآتية كما وقع في الكافي. والأنسب من ذلك أن يبدل الوطء بالعزل في التعبير بعد التأخير ليحصل تمام الموافقة بين عنوان الفصل ومسائله. ثم إن مسائل النظر أربعة أقسام: نظر الرجل إلى المرأة، ونظر المرأة إلى الرجل، ونظر الرجل إلى الرجل، ونظر المرأة إلى المرأة. والقسم الأولُ منها على أربعة أقسام أيضاً: نظر الرجل إلى الأجنبية الحرة. ونظره إلى من يحل له من الزوجة والأمة، ونظره إلى ذوات محارمه، ونظره إلى أمة الغير. فبدأ في الكتاب بأول الأقسام من القسم الأول كما ترى قوله: **(قال عليّ وابن عباس رضي الله عنهما: ما ظهر منها الكحل والخاتم، والمراد موضعهما وهو الوجه والكف)** أقول: الظاهر أن المقصود من نقل قول عليّ وابن عباس ها هنا إنما هو الاستدلال على جواز أن ينظر الرجل إلى وجه الأجنبية وكفيها بقولهما في تفسير قوله تعالى **﴿إلا ما ظهر منها﴾** فإن في تفسيره أقوالاً من الصحابة لا يدل على المدعي ها هنا شيء منها سوى قولهما، لكن الدلالة قولهما على ذلك غير واضح أيضاً، إذ الظاهر أن موضع الكحل هو العين لا الوجه كله، وكذا موضع الخاتم هو الأصبع لا الكف كله، والمدعي جواز النظر إلى وجه الأجنبية كله وإلى كفيها بالكلية، فالأولى في الاستدلال على ذلك هو المصير إلى ما جاء من الأخبار في الرخصة في النظر إلى وجهها وكفيها: منها ما روي «أن امرأة عرضت نفسها على رسول الله ﷺ فنظر إلى وجهها

فصل في الوطء والنظر واللمس

مسائل النظر أربع: نظر الرجل إلى المرأة، ونظرها إليه، ونظر الرجل إلى الرجل، ونظر المرأة إلى المرأة، والأولى على أربعة أقسام: نظره إلى الأجنبية الحرّة، ونظره إلى من يحل له من الزوجة والأمة، ونظره إلى ذوات محارمه، ونظره إلى أمة الغير. قال: **(ولا يجوز أن ينظر الرجل إلى الأجنبية الخ)** القياس أن لا يجوز نظر الرجل إلى الأجنبية من قرنها إلى قدمها، إليه أشار قوله ﷺ «المرأة عورة مستورة» ثم أبيح النظر إلى بعض المواضع وهو ما استثناه في الكتاب بقوله: **(إلا وجهها وكفيها)** للحاجة والضرورة وكان ذلك استحساناً لقوله أرفق بالناس، قال الله تعالى: **﴿ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها﴾** وفسر ذلك عليّ وابن عباس رضي الله عنهم بالكحل والخاتم، والمراد موضعهما. وقوله: **(ولأن في إبداء الوجه والكفّ ضرورة)** دليل معقول وهو ظاهر، والآنك: الرصاص. وقوله: **(فإذا خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة)** لقوله ﷺ لعليّ رضي الله عنه «لا تتبع النظرة النظرة، فإن الأولى لك والثانية عليك» يعني بالثانية أن يبصرها عن شهوة. وقوله ﷺ «ابصرها

فصل في الوطء والنظر واللمس

قوله: **(والأولى على أربعة أقسام: نظره إلى الأجنبية الحرة)** أقول: الأولى أن يقول: إلى من لا يحل من الأجنبية الحرة قوله: **(قوله تعالى: ﴿ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها﴾ وفسر ذلك)** يعني فسر قوله تعالى: **﴿ما ظهر﴾**.

---

(١) أثر علي. غريب. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ٢٢٥: لم أجده اهـ وأما أثر ابن عباس فذكره السيوطي في الدر المنثور ٥/ ٤١ وقال: أخرج سعيد بن منصور، وابن جرير، وابن المنذر. بزيادة: والقرط، والقلادة.

الرجال أخذاً وإعطاءً وغير ذلك، وهذا تنصيص على أنه لا يباح النظر إلى قدمها. وعن أبي حنيفة أنه يباح لأن فيه بعض الضرورة. وعن أبي يوسف أنه يباح* النظر إلى ذراعها أيضاً لأنه قد يبدو منها عادة. قال: **(فإن كان لا يأمن الشهوة لا ينظر إلى وجهها إلا لحاجة)** لقوله عليه الصلاة والسلام «من نظر إلى محاسن امرأة أجنبية عن شهوة صبّ في عينيه الآنك يوم القيامة»[١] فإذا خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة تحرزاً عن المحرم. وقوله لا يأمن يدل على أنه لا يباح إذا شك في الاشتهاء كما إذا علم أو كان أكبر رأيه ذلك **(ولا يحلّ له أن يمس وجهها ولا كفيها وإن كان يأمن الشهوة)** لقيام المحرم وانعدام الضرورة والبلوى، بخلاف النظر لأن فيه بلوى. والمحرّم قوله عليه الصلاة والسلام «من مسّ كفّ امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمرة يوم القيامة» وهذا إذا كانت شابة تشتهى، أما إذا

ولم ير فيها رغبة»[٢] ومنها ما روي «أن أسماء بنت أبي بكر دخلت على رسول الله ﷺ وعليها ثياب رقاق، فأعرض عنها رسول الله ﷺ وقال: «يا أسماء إن المرأة إذا بلغت المحيض لم يصلح أن يرى منها إلا هذا وهذا وأشار إلى وجهه وكفيه»[٣] ومنها ما روي «أن فاطمة رضي الله عنها لما ناولت أحد ابنيها بلالاً أو أنساً قال: رأيت كفها كأنها فلقة قمر»[٤]: أي قطعته، فدل على أنه لا بأس بالنظر إلى وجه المرأة وكفها قوله: **(وهذا إذا كانت شابة تشتهى، أما إذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا بأس بمصافحتها ومسّ يدها لانعدام خوف الفتنة)** قال بعض المتأخرين: يريد أن حرمة مس الوجه والكف تختص بما إذا كانت شابة، أما إذا كانت عجوزاً لا تشتهى فلا بأس بمسها انتهى. أقول: ليس هذا بشرح صحيح، إذ لم يذكر في هذا الكتاب ولا في غيره من كتب الفقه عدم البأس بمس وجه المرأة الأجنبية

فإنه أحرى أن يؤدم بينكما» أي يوفق، قاله للمغيرة بن شعبة رضي الله عنه لما أراد أن يتزوّج امرأة **(والخافضة للجارية كالختان للغلام)** يعني أن الخافضة والختان ينظران إلى العورة لأجل الضرورة، لأن الختان سنة في حق الرجال مكرمة في حق النساء فلا يترك. ويجوز للرجل أن ينظر إلى موضع الاحتقان لأنه مداواة يجوز للمرض والهزال الفاحش لكونه نوع من مرض على ما روي عن أبي يوسف رحمه الله، وإذا جاز الاحتقان جاز للحاقن النظر إلى موضعه. قال: **(وينظر الرجل إلى الرجل الخ)**

قال المصنف: **(فإذا خاف الشهوة لم ينظر الخ)** أقول: تتميم للحديث، فإن الحديث إنما دل على تحريم النظر عند تحقق الشهوة ولم يكن المدعي ذلك، بل تحريمه عند عدم الأمن هنا، وشتان ما بينهما، فضم ذلك إليه ليتم التقريب:

---

(١) لا أصل له. قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ : غريب. وهذا الوعيد ورد فيمن استمع إلى قوم وهم له كارهون. رواه البخاري وغيره.
وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ٢٢٥: حديث صاحب الهداية: لم أجده.

(٢) صحيح. يشير المصنف لما أخرجه ٥٠٢٩ و ٥٠٨٧ و ٥١٢٦ و ٥١٤٩ ومسلم ١٤٢٥ والنسائي ٦/ ١١٣ وابن ماجه ١٨٨٩ وعبد الرزاق ٧٥٩٢ والحميدي ٩٢٨ وأحمد ٥/ ٣٣٠ وابن حبان ٤٠٩٣ من طرق كلهم عن سهل بن سعد الساعدي قال: جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله جئت أهب لك نفسي، فنظر إليها رسول الله ﷺ، فَصَعَّدَ النظر وصوبه، فلما رأت المرأة أنه لم يقض فيها بشيء جلست. فقام رجل فقال: يا رسول الله إن لم يكن لك بها حاجة فزوجنيها. فقال: هل عندك من شيء؟ فقال: لا والله يا رسول الله... الحديث. وفيه: التمس ولو خاتماً من حديد.
والقصة معروفة أنه زوّجه على ما معه من القرآن.

(٣) يشبه الحسن. أخرجه أبو داود ٤١٠٤ والبيهقي ٨/ ٨٦ كلاهما عن خالد بن دريك عن عائشة أن أسماء بنت أبي بكر... الحديث.
قال أبو داود: هذا مرسل خالد لم يدرك عائشة.
وأخرجه البيهقي ٧/ ٨٦ من طريق ابن لهيعة عن عبيد بن رفاعة الأنصاري عن أسماء بنت عُميس أن رسول الله ﷺ دخل على عائشة فوجد عندها أختها أسماء... الحديث بنحوه.
قال البيهقي: إسناده ضعيف.
الخلاصة: حديث أبي داود مع إرساله فيه الوليد بن مسلم مدلس وقد عنعنه
وقال ابن التركماني في الجوهر النقي ٧/ ٨٦: وفيه سعيد بن بشير قال يحيى: ليس بشيء. زاد ابن نُمير: منكر الحديث اهـ. والإسناد الثاني فيه ابن لهيعة واهٍ. لكن للحديث المرفوع شواهد فهو يقرب من الحسن والله تعالى أعلم.

(٤) هذا الأثر. لم أعثر عليه وهو غريب بل منكر. والله أعلم.

كانت عجوزاً لا تشتهي فلا بأس بمصافحتها ومسّ يدها لانعدام خوف الفتنة. وقد روي أن أبا بكر رضي الله عنه كان يدخل بعض القبائل التي كان مسترضعاً فيهم وكان يصافح العجائز، وعبد الله بن الزبير رضي الله عنه استأجر عجوزاً لتمرّضه وكانت تغمز رجليه وتفلي رأسه. وكذا إذا كان شيخاً يأمن على نفسه وعليها لما قلنا، فإن كان لا يأمن عليها لا تحلّ مصافحتها لما فيه من التعريض للفتنة. والصغيرة إذا كانت لا تشتهى يباح مسها والنظر إليها لعدم خوف الفتنة. قال: **(ويجوز للقاضي إذا أراد أن يحكم عليها وللشاهد إذا أراد أداء الشهادة عليها النظر إلى وجهها وإن خاف أن يشتهي)** للحاجة إلى إحياء حقوق الناس بواسطة القضاء وأداء الشهادة، ولكن ينبغي أن يقصد به أداء الشهادة أو الحكم عليها لا قضاء الشهوة تحرزاً عما يمكنه التحرز عنه وهو قصد القبيح. وأما النظر لتحمل الشهادة إذا اشتهى قيل يباح. والأصح أنه لا يباح لأنه يوجد من لا يشتهى فلا ضرورة، بخلاف حالة الأداء **(ومن أراد أن يتزوّج امرأة فلا بأس بأن ينظر إليها وإن علم أنه يشتهيها)** لقوله عليه الصلاة والسلام فيه «أبصرها فإنه أحرى أن يؤدم

وإن كانت عجوزاً، إنما المذكور هنا وفي سائر الكتب عدم البأس بمس كفها إذا كانت عجوزاً، والأصل فيه ما روي «أن رسول الله ﷺ كان يصافح العجائز في البيعة ولا يصافح الشواب[١]» كما ذكر في المحيط وغيره، وما روي عن أبي بكر[٢] وعبد الله بن الزبير[٣] كما ذكر في الكتاب، نعم ظاهر الدليل العقلي وهو قوله لانعدام خوف الفتنة لا يأبى عن التعميم، لكن لا مجال لاختراع مسألة بمجرد ذلك بدون أن تذكر في الكتب نقلاً عن الأئمة أو المشايخ. ثم إن تاج الشريعة اعترض على قوله لانعدام خوق الفتنة وأجاب حيث قال: فإن قلت: هذا تعليل في مقابلة النص، وهو ما ذكر في الكتاب «من مسّ كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمرة يوم القيامة»[٤]، قلت: المراد امرأة تدعو النفس إلى مسها. أما إذا تهربت العين من رؤيتها وانزوى الخاطر من لقائها فلا، انتهى كلامه. واقتفى أثره صاحب الكفاية. أقول: يرد الاعتراض عن المذكور على قول المصنف فيما بعد وكذا إذا كان شيخاً يأمن على نفسه وعليها لما قلنا. فإن قوله لما قلنا إشارة إلى قوله لانعدام خوف الفتنة كما لا يخفى، وقد صرح به بعض الشراح، ولا يتمشى الجواب المزبور هناك. إذ الظاهر أن تلك المسألة فيما إذا كانت تشتهي، يدل على ذلك عطفها على قوله إذا كانت عجوزاً لا تشتهى، ولا شك أن الشابة المشتهاة ممن تدعو النفس إلى مسها فكانت داخلة تحت النص المذكور فلا محالة يكون التعليل بقوله لما قلنا تعليلاً في مقابلة النص وهو لا يجوز كما عرف في علم

هذا هو القسم الثاني من أصل التقسيم قوله: **(خلافاً لما يقوله أبو عصمة)** يعني سعد بن معاذ المروزي رحمه الله أن السرة أحد حدي العورة فتكون من العورة كالركبة. قيل عطف الشافعي على أبي عصمة غير مستقيم لأن هذا التعليل إنما يستقيم على قول من يقول إن الركبة عورة وهو لا يقول به، وهذا ساقط لأن المصنف رحمه الله يعلل بهذا التعليل في هذا الكتاب وإنما ذكر المذهب فيجوز أن يكون مذهبهما واحداً والمأخذ متعدداً، فالمذكور يكون تعليلاً لأبي عصمة وتعليل الشافعي غير ذلك وهو أن السرة محل الاشتهاء، والركبة عورة خلافاً للشافعي رحمه الله استدلالاً بالغاية فإنها لا تدخل تحت المغيا.

---

(١) باطل لا أصل له. وقد صح خلافه فقد أخرج البخاري ٤٨٩١ ومسلم ١٨٦٦ كلاهما من حديث عائشة في بيعة رسول الله ﷺ للنساء وفيه قالت عائشة: ما مسّت كفّ رسول الله ﷺ كفّ امرأة قط، وكان يقول لهنّ إذا أخذ عليهنّ قد بايعتكنّ كلاماً اهـ واستدل النووي به على عدم جواز لمس بشرة المرأة. وقال ابن حجر في الفتح ٨/٦٣٦: روى أبو داود في مراسيله عن الشعبي: أن النبي ﷺ حين بايع النساء أتى ببرد قطري، فوضعه على يده وقال: لا أصافح النساء وعند عبد الرزاق عن النخعي مرسلاً نحوه وسعيد بن منصور عن ابن أبي حازم.

(٢) أثر أبي بكر. ذكره صاحب الهداية. وقال الزيلعي في تخريجه ٤/٢٤٠: غريب.
وقال ابن حجر في الدراية ٢/٢٢٥: لم أجده.

(٣) أثر ابن الزبير. قال الزيلعي ٤/٢٤٠: غريب. وقال ابن حجر في الدراية ٢/٢٢٥: لم أجده.

(٤) لا أصل له. ذكره الزيلعي في تخريجه ٤/٢٤٠ وقال: غريب.
وقال ابن حجر في الدراية ٢/٢٢٥: لم أجده.
وقد ورد في هذا أحاديث تغني عن حديث لم يوجد له أصل.

بينكما»[1] ولأن مقصوده إقامة السنة لا قضاء الشهوة **(ويجوز للطبيب أن ينظر إلى موضع المرض منها)** للضرورة: **(وينبغي أن يعلم امرأة مداواتها)** لأن نظر الجنس إلى الجنس أسهل **(فإن لم يقدروا يستر كل عضو منها سوى موضع المرض)** ثم ينظر ويغض بصره ما استطاع، لأن ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها وصار كنظر الخافضة والختان **(وكذا يجوز للرجل النظر إلى موضع الاحتقان من الرجل)** لأنه مداواة ويجوز للمرض وكذا للهزال الفاحش على ما روي عن أبي يوسف لأنه أمارة المرض. قال: **(وينظر الرجل من الرجل إلى جميع بدنه إلا ما بين سرته إلى ركبته)** لقوله

الأصول. فإن قلت: تلك المسألة مقيدة بأن يأمن على نفسه وعليها فلا تتحقق دعوتها النفس إلى مسها في تلك الصورة. قلت: إن لم تتحقق دعوتها النفس إلى مسها بالفعل في تلك الصورة فمن شأنها ذلك في كل حال، والظاهر أن مراده بالمرأة المذكورة في النص المزبور هي المرأة الصالحة لأن تدعو النفس إلى مسها لا التي تحققت فيها دعوتها إليه بالفعل، وإلا لزم أن لا يثبت حرمة مس الرجل الشاب المرأة الأجنبية الشابة إذا أمن على نفسه وعليها تأمل تقف قوله: **(وكذا إذا كان شيخاً يأمن على نفسه وعليها)** قال بعض المتأخرين: اشتراط أمنه عليها محل تأمل لعدم كون ذلك في وسعه لعدم الوقوف عليه اهـ. أقول: يمكن الوقوف عليه بالقرائن الحالية أو بالتجربة في نظائرها، فجاز اشتراط أمنه عليها أيضا بناء على ذلك قوله: **(فإن كان لا يأمن عليها لا تحل مصافحتها)** قال بعض المتأخرين: تخصيص عدم أمنه بكونه عليها غير ظاهر أيضا، فإن جعلنا الضمير في عليها للنفس يلزم التخصيص من وجه آخر انتهى. أقول: الضمير في عليها للمرأة، ووجه تخصيص عدم الأمن عليها بالذكر ظاهر وهو حصول العلم بحكم عدم الأمن على نفسه دلالة من بيان حكم عدم الأمن عليها عبارة، فإنه إذا لم تحل مصافحتها عند عدم الأمن عليها لما فيه من تعريض الغير للفتنة فلأن لا تحل مصافحتها عند عدم الأمن على نفسه أولى لما فيه من المباشرة للفتنة بنفسه قوله: **(ويجوز للقاضي إذا أراد أن يحكم عليها، وللشاهد إذا أراد الشهادة عليها النظر إلى وجهها، وإن خاف أن يشتهي للحاجة إلى إحياء حقوق الناس بواسطة القضاء وأداء الشهادة)** قال بعض المتأخرين: وقد ينوّر ذلك بإباحة النظر إلى العورة الغليظة عند الزنا لإقامة الشهادة عليه، ثم قال: خطر ببالي ها هنا إشكال، وهو أن شهود الزنا كما صرحوا في الكتب بين حسبتين: إقامة الحدّ، والتحرز عن الهتك، والستر أفضل، لقوله ﷺ للذي شهد به

والفخذ عورة خلافاً لأهل الظاهر فإنهم يقولون العورة هي السوءة دون ما عداها لقوله تعالى: ﴿فبدت لهما سوآتهما﴾ والمراد به العورة، وما دون السرة إلى منبت الشعر عورة خلافاً لما يقوله الإمام أبو بكر محمد بن الفضل الكماري رحمه الله معتمداً

قال المصنف: **(والصغيرة إذا كانت لا تشتهي يباح مسها)** أقول: وحاصلة أنه يشترط لجواز المس أن يكونا كبيرين مأمونين في رواية. وفي رواية يكتفي بأن يكون أحدهما كبيراً مأموناً، لأن أحدهما إذا كان لا يشتهي لا يكون المس سبباً للوقوع في الفتنة كالصغيرة. ووجه الأولى أن الشاب إذا كان لا يشتهي أن يمس العجوز فالعجوز تشتهي أن تمس الشاب لأنها علمت بملاذ الجماع فيؤدي إلى الاشتهاء من أحد الجانبين وهو حرام، بخلاف ما إذا كان أحدهما صغيراً، لأنه لا يؤدي إلى الاشتهاء من أحد الجانبين، لأن الكبير كما لا يشتهي أن يمس الصغير لا يشتهى الصغير أيضاً أن يمسه لعدم العلم، كذا في شرح الزيلعي. وأنت خبير بأنه يجيء ما يخالفه ظاهراً في الكتاب في وجه الفرق فيما ذكر في كتاب الخنثى من الأصل قال المصنف: **(وأما النظر لتحمل الشهادة إذا اشتهى قيل يباح)** أقول: لعل المراد إذا خاف الاشتهاء.

(١) جيد. أخرجه الترمذي ١٠٨٧ والنسائي ٦/ ٦٩ ـ ٧٠ وابن ماجه ١٨٦٦ والدارمي ٢/ ١٣٤ وسعيد بن منصور ٥١٦ و ٥١٧ و ٥١٨ وابن أبي شيبة ٤/ ٣٥٥ وأحمد ٤/ ٢٤٤، ٢٤٥، ٢٤٦ والدارقطني ٣/ ٢٥٢، ٢٥٣ وابن الجارود ٦٧٥ والطحاوي ٣/ ١٤ والبيهقي ٧/ ٨٤، ٨٥ والبغوي ٢٢٤٧ كلهم عن بكر بن عبد الله المزني عن المغيرة بن شعبة وإسناده صحيح رجاله كلهم ثقات. وحسنه الترمذي. وأخرجه أيضاً ابن ماجه ١٨٦٥ وابن الجارود ٦٧٦ وابن حبان ٤٠٤٣ والدارقطني ٣/ ٢٥٣ والحاكم ٢/ ١٦٥ والبيهقي ٧/ ٨٤ من طرق عن عبد الرزاق عن معمر عن ثابت عن أنس أن المغيرة بن شعبة خطب امرأة فقال له النبي ﷺ. اذهب فانظر إليها فإنه أجدر. ورواية: أحرىٰ. أن يؤدم بينكما. وقال الحاكم: صحيح علىٰ شرط الشيخين وهو كما قال رجاله معروفون ثقات سوىٰ العباس بن عبد العظيم الراوي عن عبد الرزاق، فهو من رجال مسلم، وهو ثقة. وفي الباب أحاديث راجع نصب الراية ٤/ ٢٤٠ ـ ٢٤٢.

عليه الصلاة والسلام «عورة الرجل ما بين سرته إلى ركبته»[١] ويروى «ما دون سرته حتى يجاوز ركبتيه»[٢] وبهذا ثبت أن السرة ليست بعورة خلافاً لما يقوله أبو عصمة والشافعي رحمهما الله، والركبة عورة خلافاً لما قاله الشافعي. والفخذ عورة خلافاً لأصحاب الظواهر. وما دون السرة إلى منبت الشعر عورة خلافاً لما يقوله الإمام أبو بكر محمد ابن الفضل الكماري معتمداً فيه العادة لأنه لا معتبر بها مع النص بخلافه، وقد روى أبو هريرة رضي الله عنه عن

عنده: «لو سترته بثوبك لكان خيراً لك»[٣] وليس في الحدود حقوق الناس إلا في السرقة، ولهذا يجب أن يشهد بالمال فيقول أخذ إحياء لحق المسروق منه ولا يقول سرق محافظة على الستر، فلم يكن ما ذكر من التنوير في شيء أصلاً لانعدام الحاجة وانتفاء الضرورة في الشهادة بالزنا. ثم دفعته بما ذكره بعض شراح الهداية في كتاب الحدود من أن هذا: يعني كون الستر أفضل يحب أن يكون بالنسبة إلى من لم يعتد الزنا ولم يتهتك به، وأما إذا وصل الحال ألى إشاعته والتهتك به بل بعضهم ربما افتخر به فيجب كون الشهادة به أولى من تركها، لأن مطلوب الشارع إخلاء الأرض من الفواحش وذلك يتحقق بالتوبة والزجر، فإذا ظهر الشره في الزنا مثلاً وعدم المبالاة به بإشاعته، فإخلاء الأرض بالتوبة احتمال يقابله ظهور عدمها، فيجب تحقيق السبب الآخر للإخلاء وهو الحدّ بخلاف من زلّ مرة أو مراراً متستراً متخوّفاً متندماً عليه فإنه محل استحباب ستر الشاهد انتهى. أقول: ما ذكره بعض شراح الهداية في كتاب الحدود لا يدفع الإشكال الذي خطر ببال ذلك القائل إلا في مادة جزئية، وهي ما إذا وصل الحال إلى إشاعة الفاحشة والتهتك بها لا فيما سواها. فإن الستر فيه أفضل بلا شبهة، مع أن النظر إلى العورة الغليظة عند الزنا لإقامة الشهادة عليه مباح هناك أيضاً فكفى بذلك إشكالاً، فلم يتم قوله ثم دفعته بما ذكره بعض شراح الهداية في كتاب الحدود. ثم أقول في دفع ذلك الإشكال بالكلية: إن الحاجة إلى النظر إلى العورة الغليظة عند الزنا والضرورة متحققان في الشهادة بالزنا مطلقاً في تحصيل إحدى الحسبتين وهي إقامة الحد بإقامة الشهادة على الزنا، إذ لا يتيسر إقامة الشهادة عليه بدون النظر الى العورة الغليظة عند الزنا، وإن لم تتحقق الحاجة إليه ولا الضرورة في تحصيل الحسبة الأخرى وهي التحرز عن التهتك. فمن أراد أن ينال الحسبة الأولى يحتاج ويضطر إلى النظر إليها فيباح له النظر إليها إذا ذاك، إذ يكفي في إباحة ذلك الحاجة إليه. والضرورة بالنسبة إلى تحصيل خصوص الحسبة، ولا

فيه على العادة قوله: (لأنه لا معتبر بها) أي بالعادة (مع وجود النص) جواب عن قول محمد بن الفضل متعلقاً بقوله وما دون السرة إلى منبت الشعر عورة. وقوله: (وقد روى أبو هريرة رضي الله عنه) جواب عن قول الشافعي رحمه الله، ودليل على أن

قوله: (هذا هو القسم الثاني) أقول: بل الثالث.

---

(١) أخرجه الديلمي في الفردوس ٤١١٥ بهذا: اللفظ والحارث في مسنده كما في تلخيص الحبير ١/ ٢٧٩ كلاهما من حديث أبي سعيد.
وقال ابن حجر: فيه شيخ الحارث داود بن المُحَبَّر رواه عن عباد بن كثير الشامي عن أبي عبد الله الشامي وهو سلسلة ضعفاء.
وأخرجه الحاكم ٣/ ٥٦٨ من حديث عبد الله بن جعفر بن أبي طالب وسكت عنه وقال الذهبي عقبه: أظنه موضوعاً فإن إسحق بن واصل متروك وأصرم بن حوشب متهم بالكذب.
وأخرجه الدارقطني ١/ ٢٣١ والبيهقي ٢/ ٢٢٩ كلاهما من حديث أبي أيوب وفيه سعيد بن راشد ضعيف وكذا عباد بن كثير.
وورد من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً أخرجه أبو داود ٤٩٦ وأحمد ٢/ ١٨٧ والبيهقي ٣/ ٨٤ في حديث: مروا أولادكم بالصلاة . . . وآخره: وإذا زوج أحدكم خادمه عبدَهُ أو أجيره، فلا ينظر إلى ما دون السرة وفوق الركبة. هذا سياق أبي داود وسياق أحمد: فإن ما أسفل من سرت إلى ركبتيه من عورته.
ومداره على سَوار بن داود أبي حمزة وهو صدوق له أوهام كما في التقريب.
الخلاصة: فهذا الحديث بمجموع طرقه يصير حسناً والله أعلم.

(٢) غريب بهذا اللفظ. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ١/ ٢٩٧

(٣) تقدم في الحدود في خبر رجم ماعز. وليس فيه: للذي شهد عنده. لأن ماعزاً هو الذي أقر على نفسه. والصواب أن النبي ﷺ قاله لِهُزال بن نعيم حين حرّض ماعزاً على الاعتراف بذلك والله تعالى أعلم.

النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال «الركبة من العورة»[1] وأبدى الحسن بن عليّ رضي الله عنه سرته فقبلها أبو هريرة

يتوقف إباحته على الحاجة إليه والضرورة المطلقتين: أي من كل وجه، ولا على أن لا يكون فوق تلك الحسبة حسبة أخرى أفضل منها؛ ألا يرى أن من أراد أن يتزوّج امرأة فلا بأس له بأن ينظر إليها وإن علم أنه يشتهيها بناء على أن مقصوده إقامة السنة لا قضاء الشهوة كما سيأتي في الكتاب. مع أن الحاجة إلى النظر إليها والضرورة إنما يتحققان في إقامة تلك السنة لا مطلقا لإمكان ترك تزوّجها الداعي إلى النظر إليها وإن كان فوق تلك السنة ما هو أفضل منها من الواجبات بل من بعض السنن المؤكدات فقد اندفع ذلك الإشكال بحذافيره قوله: **(وينظر الرجل من الرجل إلى جميع بدنه إلا ما بين سرّته إلى ركبته)** قال صاحب العناية: هذا هو القسم الثاني من أصل التقسيم. أقول: ليس الأمر كذلك، بل هو القسم الثالث منه كما لا يشتبه على من نظر إلى تقسيمه في صدر هذا الفصل قوله: **(وبهذا أن السرّة ليست بعورة خلافاً لما يقوله أبو عصمة والشافعي)** قال صاحب النهاية: وأبو عصمة هو سعد ابن معاذ المروزي، فإنه يقول: إن السرّة أحد حدّي العورة فتكون من العورة كالركبة. ثم قال: وقوله والشافعي بالعطف على أبي عصمة في إثبات أن السرّة عورة عندهما كأنه قوع سهواً لوجهين: أحدهما ما ذكرنا في تعليل أبي عصمة في إثبات أن السرّة عورة بقوله إنها أحد حدّي العورة فتكون عورة كالركبة، فإن هذا التعليل إنما يستقيم لمن يقول بأن الركبة عورة والشافعي لا يقول بكون الركبة عورة. والثاني أن الشافعي علل في إثبات أن الركبة ليست من العورة إنها حدّ للعورة بقوله فلا تكون من العورة كالسرّة، لأنّ الحدّة يدخل في المحدود، وهذا تنصيص منه على ان السرّة ليست بعورة اهـ. وردّ عليه صاحب العناية حيث قال: قيل عطف الشافعي على أبي عصمة غير مستقيم، لأن هذا تعليل إنما يستقيم على قول من يقول الركبة عورة وهو لا يقول به، وهذا ساقط لأن المصنف لم يعلل بهذا التعليل في هذا الكتاب، وإنما ذكر المذهب فيجوز أن يكون مذهبهما واحداً والمأخذ متعدداً، فالمذكور يكون تعليلاً لأبي عصمة، وتعليل الشافعي غير ذلك وهو أن السرة محل الاشتهاء انتهى. أقول: قد ذكر صاحب النهاية لعدم استقامة العطف المزبور وجهين، وقال نقل صاحب العناية أحد ذينك الوجهين، وأجاب عنه كما ترى. ولم يتعرّض للوجه الآخر أصلاً فكأنه لم يظفر بالجواب عنه فبقي الإشكال في العطف الواقع في كلام المصنف من ذلك الوجه ولا بد من دفعه. فأقول: في الجواب القاطع لعرق الإشكال: إن في السرّة والركبة ثلاث روايات عن الشافعي: إحداها أن السرّة عورة والركبة ليست بعورة كما هو مدلول كلام المصنف ها هنا وفي كتاب الصلاة أيضا، والثانية أنهما ليستا بعورة كما ذكر في وجيز الشافعية، والثالثة أنهما عورة، وذكر صاحب الغاية هاتين الأخيرتين وقال:

الركبة عورة. وقوله: **(وأبدى الحسن بن عليّ رضي الله عنهما)** جواب عن قول أبي عصمة والشافعي رحمهما الله. وقوله: **(وقال عليه الصلاة والسلام لجرهد)** جواب عن قول أهل الظاهر. وقوله: **(ولأن الركبة)** دليل معقول على كون الركبة عورة، والباقي ظاهر. وقوله: **(لأنهما)** أي لأن النظر والمسّ فيما ليس بعورة سواء. وقوله: **(ويجوز للمرأة أن تنظر من الرجل إلى ما ينظر الرجل إليه منه)** عكس هذا القسم الذي نحن فيه. وقوله: **(ووجه الفرق)** أي فرق ما ذكر في الأصل من جعل عدم نظرها إليه مستحباً وعدم نظره إليها واجباً هو أن الشهوة عليهن غالبة والغالب كالمتحقق غالباً؛ ألا ترى أن وجوب العمل بخبر الواحد والقياس بسبب غلبة الصدق وغلبة الصحة لا بحقيقتهما، وأن أبا حنيفة جوّز الصلاة في السفينة قاعداً لأن دوار الرأس

قوله: **(قيل عطف الشافعي)** أقول: القائل صاحب النهاية قوله: **(الكماري)** أقول: بفتح الكاف.

---

(١) غريب من حديث أبي هريرة. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ١/٢٩٧ ثم قال الزيلعي: وأخرجه الدارقطني من حديث علي بهذا اللفظ. وفيه النضر بن منصور قال شيخنا الذهبي في ميزانه: واه قال ابن حبان: لا يحتجُّ به. وفيه عقبة بن علقمة ضعفه الدارقطني والرازي. وقال ابن دقيق العيد في الإمام: عقبة هذا قال عنه أبو حاتم ضعيف. والنضر بن منصور مجهول اهـ الزيلعي.

رضي الله عنه وقال لجرهد: «وار فخذك، أما علمت أن الفخذ عورة؟»[1] ولأن الركبة ملتقى عظم الفخذ والساق فاجتمع المحرم والمبيح وفي مثله يغلب المحرم، وحكم العورة في الركبة أخف منه في الفخذ، وفي الفخذ أخفّ منه في السوأة، حتى أن كاشف الركبة ينكر عليه برفق وكاشف الفخذ يعنف عليه وكاشف السوءة يؤدب إن لجّ **(وما يباح النظر إليه للرجل من الرجل يباح المس)** لأنهما فيما ليس بعورة سواء. قال: **(ويجوز للمرأة أن تنظر من الرجل إلى ما ينظر الرجل إليه منه إذا أمنت الشهوة)** لاستواء الرجل والمرأة في النظر إلى ما ليس بعورة كالثياب والدوابّ.

للأولى منهما. وهذا أصح الوجهين. وإذ قد تقرّر هذا فجاز أن يكون تعليل الشافعي في إثبات أن الركبة ليست من العورة بقوله إنها حدّ للعورة فلا تكون من العورة كالسرة مبنياً على قوله في الرواية الثانية وهذا لا ينافي اشتراكه مع أبي عصمة في قوله الآخر الواقع في الرواية الثالثة عنه، عنه، بل لا ينافي أيضاً اشتراكه معه في تعليله بقوله إنها أحد حدّي العورة فتكون عورة كالركبة بناء على ذلك القول فلا محذور في العطف المذكور أصلا تأمل تقف قوله: **(وأبدى الحسن بن علي رضي الله عنهما سرته فقبلها أبو هريرة)** هذا جواب عن قول أبي عصمة والشافعي أخرجه أحمد في مسنده وابن حبان في صحيحه والبيهقي في سننه عن ابن عون عن عمر بن إسحاق قال: كنت أمشي مع الحسن بن عليّ رضي الله عنهما في بعض طرق المدينة، فلقينا أبو هريرة، فقال للحسن: أكشف لي عن بطنك جعلت فداءك حتى أقبل حيث رأيت رسول الله ﷺ يقبله، قال: فكشف عن بطنه فقبل سرته[2]. ولو كانت من

---

(١) حسن بشواهده. أخرجه أبو داود ٤٠١٤ وأحمد ٣/ ٤٧٨ والطحاوي ١/ ٤٧٥ والبيهقي ٢/ ٢٢٨ كلهم من طريق مالك عن أبي النضر عن زرعة بن عبد الرحمن بن جرهد عن أبيه عن جده به
وأخرجه الترمذي ٢٧٩٧ وأحمد ٣/ ٤٧٨ والطحاوي في المعاني ١/ ٤٧٥ عن عبد الله بن جرهد عن أبيه به وأخرجه عبد الرزاق ١٩٨٠٨ وأحمد ٣/ ٤٧٨ والترمذي ٢٧٩٨ وابن حبان ١٧١٠ من طريق الثوري عن أبي الزناد عن زرعة بن عبد الرحمن عن جده جرهد به وقال الترمذي: حديث حسن. وأخرجه ابن أبي شيبة ٩/ ١١٨ والحاكم ٤/ ١٨٠ عن زرعة بن مسلم عن جده جرهد وصححه الحاكم وأقره الذهبي وعلقه البخاري ١/ ٤٧٨ فقال: ويُذكر عن جرهد عن النبي ﷺ: الفخذ عورة.
قال ابن حجر: وجَرْهَد بفتح الجيم والهاء وحديثه موصول عند مالك والترمذي وحسنه وابن حبان وصححه وضعفه البخاري في تاريخه للاضطراب في إسناده اهـ.
وله شواهد. فقد أخرج أبو داود ٣١٤٠ و ٤٠١٥ وابن ماجه ١٤٦٠ والحاكم ٤/ ١٨٠ ـ ١٨١ والطحاوي في المعاني ١/ ٤٧٤ وفي المشكل ٢/ ٢٨٤ والدارقطني ١/ ٢٢٥ والبيهقي ٣/ ٣٨٨ بنحوه وإسناده ضعيف.
وورد عن محمد بن عبد الله بن جحش عند أحمد ٥/ ٢٩٠ والحاكم ٤/ ١٨٠ والبغوي ٢٢٥١ والطحاوي ١/ ٤٧٤ وقال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٢٤٥: وهذا مسند صالح وصححه الطحاوي.
وعن ابن عباس. أخرجه الترمذي ٢٧٩٦ والطحاوي ١/ ٤٧٤ والحاكم ٤/ ١٨١ وأحمد ١/ ٢٧٥ والبيهقي ٢/ ٢٢٨ وابن أبي شيبة ٩/ ١١٩ وفيه يحيى القتات وهو ضعيف.
ولكن هذه الأحاديث يقوي بعضها بعضاً فلا ينزل عن رتبة الحسن والله أعلم.
ومذهب أحمد والشافعي ومالك وأبي حنيفة أن الفخذ من الرجال عورة يجب ستره
أنظر المغني ١/ ٥٧٧ ـ ٥٧٨ وشرح السنة ٩/ ٢٠ وعمدة القاري ٢/ ٢٤٤.
وانظر الكلام على هذا الحديث وشواهده في نصب الراية ٤/ ٢٤٣ ـ ٢٤٤ والجوهر النقي ٢/ ٢٢٨.

(٢) يشبه الحسن. أخرجه أحمد ٢/ ٢٥٥ ـ ٤٢٧ ـ ٤٨٨ وفي الفضائل ١٣٧٥ والطبراني ٢٥٨٠ و ٢٧٦٤ وابن حبان ٦٩٦٥ والحاكم ٣/ ١٦٨ والبيهقي ٢/ ٢٣٢ من طرق عن عمير بن إسحق قال: كنت أمشي مع الحسن... الحديث.
وقال الهيثمي في المجمع ٩/ ١٧٧: ورواية الطبراني في آخره: فكشف عن بطنه ووضع يده على سرته.
قال الهيثمي بعد أن نسبه لأحمد والطبراني: ورجالهما رجال الصحيح غير عُمير بن إسحق وهو ثقة.
تنبيه: وقع عند الحاكم: عن ابن عون عن محمد فصححه على شرطهما ووافقه الذهبي! ظناً منهما أن محمداً هذا هو ابن سيرين والصواب أنه: أبو محمد وهي كنية عمير بن إسحق وبين ذلك البيهقي في سننه ٢/ ٢٣٢.
قلت: هذا الخبر مداره على عمير بن إسحق قال الحافظ في التقريب: مقبول اهـ.
وفي الميزان قال الذهبي: وُثق. ما روى عنه سوى ابن عون وقال يحيى: لا يساوي حديثه شيئاً لكن يكتب حديثه. هذه رواية عباس عنه. ورواية عثمان عنه أنه. أي يحيى قال عنه: ثقة. وقال النسائي وغيره: لا بأس به اهـ.

وفي كتاب الخنثى من الأصل: أن نظر المرأة إلى الرجل الأجنبي بمنزلة نظر الرجل إلى محارمه، لأن النظر إلى خلاف الجنس أغلظ، فإن كان في قلبها شهوة أو أكبر رأيها أنها تشتهي أو شكت في ذلك يستحب لها أن تغضّ بصرها. ولو كان الناظر هو الرجل إليها وهو بهذه الصفة لم ينظر، وهذا إشارة إلى التحريم. ووجه الفرق أن الشهوة عليهن غالبة وهو كالمتحقق اعتباراً. فإذا اشتهى الرجل كانت الشهوة موجودة في الجانبين، ولا كذلك إذا اشتهت المرأة لأن الشهوة غير موجودة في جانبه حقيقة واعتباراً فكانت من جانب واحد، والمتحقق من الجانبين في الإفضاء

العورة لما كشفها. قال الشارح العيني بعد بيان هذا المحل بهذا المنوال: وفي معجم الطبراني خلاف هذا: حدثنا أبو مسلم الكسي، حدثنا أبو عاصم عن أبي عون عن عمير بن إسحاق، أن أبا هريرة لقي الحسن بن عليّ رضي الله عنهم فقال له: ارفع ثوبك حتى أقبل حيث رأيت رسول الله ﷺ يقبل، فرفع عن بطنه ووضع يده على سرته[1] انتهى. وقال بعض المتأخرين بعد ما نقل ما ذكره العيني: قلت لا مخالفة بين الروايتين لإمكان الجمع بين المس والتقبيل. ولو سلم فذلك لأبصرنا بل يثبت مدعانا بالأولوية انتهى. أقول: كأنّ ذلك البعض خبط في استخراج ما رواه الطبراني في معجمه حيث حسب أن معنى قوله ووضع يده على سرته ووضع أبو هريرة يده على سرة الحسن فبنى عليه عدم المخالفة بين الروايتين بإمكان الجمع بين المس والتقبيل: يعني أن وضع أبي هريرة يده على سرّة الحسن مسّ لها وهو لا ينافي تقبيله إياها فلا مخالفة بينهما، ثم بنى عليه أيضاً كلامه التسليمي: يعني لو سلم المخالفة بينهما فما رواه الطبراني لا يضرنا بل يثبت مدعانا ها هنا وهو أن لا تكون السرّة من العورة بالأولوية. فإن عدم جواز مس العورة بوضع اليد عليها أولى من عدم جواز تقبيلها، فإذا وضع أبو هريرة يده على سرّة الحسن ولم يمنعه الحسن ثبت أن السرّة ليست من العورة، لكن لا يخفى على من له أدنى تمييز أن معنى قوله ووضع يده على سرته وضع الحسن بن عليّ يده على سرة نفسه، وعن هذا قال: ووضع يده، بالواو دون فوضع يده بالفاء كما قال في الرواية الأولى فقبل سرته. والأسلوب المقرّر في الحكاية عن الاثنين إدخال الفاء عند الانتقال إلى حكاية قول الآخر أو فعله أو ترك العاطف والسلوك مسلك الاستئناف كما في قوله تعالى: ﴿قالوا سلاماً قال سلام﴾ الذاريات (٢٥) وإذ قد كان معنى رواية الطبراني ووضع الحسن يده على سرّته كانت هذه الرواية مخالفة للرواية الأولى لعدم تيسر تقبيل سرة الحسن عند وضعه يده على سرته، ثم إنه إن كان مقصود الحسن رضي الله عنه من وضع يده على سرته في رواية الطبراني التحرز عن انكشاف نفس السرة عند رفع ثوبه عن بطنه يشعر فعله المذكور بكون السرة من العورة وإن كان مقصوده منه التحرز عن انكشاف ما تحت السرّة لا يدل فعله المذكور على كون نفس السرّة من العورة فلم يحصل منه جزم بأحد الطرفين قوله: (**وما يباح للرجل النظر إليه من الرجل يباح المس لأنهما فيما ليس بعورة سواء**)

فيها غالب، وإذا كان كذلك، فإذا نظر الرجل إليها مشتهياً وجدت الشهوة في الجانبين في جانبه حقيقة لأنه هو المفروض، وفي جانبها اعتباراً لقيام الغلبة مقام الحقيقة، وإذا نظرت إليه مشتهية لم توجد الشهوة من جانبه حقيقة لأن الفرض أنه لم ينظر، ولا اعتبار لعدم الغلبة فكانت الشهوة من جانبها فقط، والمتحقق من الجانبين في الإفضاء إلى المحرم أقوى من المتحقق من جانب واحد لا محالة. قال: (**وتنظر المرأة من المرأة الخ**) هذا هو القسم الثالث من أصل التقسيم: ما جاز للرجل أن ينظر إليه من الرجل جاز للمرأة أن تنظر إليه من المرأة لوجود المجانسة وعدم الشهوة غالباً، والغالب كالمتحقق كما في نظر الرجل إلى الرجل. والضرورة إلى الانكشاف فيما بينهن متحققة. قال صاحب النهاية: أي في الحمام، وهذا دليل

قوله: (**عكس هذا القسم الذي نحن فيه**) أقول: هذا هو القسم الثاني في ترتيبه، وهو عكس القسم الأول.

---

(١) تقدم قبل حديث واحد.

إلى المحرم أقوى من المتحقق في جانب واحد. قال: **(وتنظر المرأة من المرأة إلى ما يجوز للرجل أن ينظر إليه من الرجل)** لوجود المجانسة وانعدام الشهوة غالباً كما في نظر الرجل إلى الرجل، وكذا الضرورة قد تحققت إلى الانكشاف فيما بينهن. وعن أبي حنيفة رحمه الله أن نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى محارمه، بخلاف نظرها

أقول: لقائل أن يقول: استواؤهما فيه ممنوع، كيف وقد مرّ أن وجه الأجنبية وكفيها ليستا بعورة حيث يجوز للرجل أن ينظر إليهما إذا أمن الشهوة، ولكن لا يجوز له أن يمسهما وإن أمن الشهوة فلم يستو النظر والمس فيها. ويمكن أن يقال: المراد أنهما سواء فيه ما لم يرد النص على خلاف ذلك كما في الصورة المارة فإن النبيّ ﷺ قال: «من مسّ كفّ امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمرة يوم القيامة»[1] فما ذكر ها هنا من حديث الاستواء مقتضى القياس، وما مر موجب النص فلا تنافي بينهما قوله: **(ويجوز للمرأة أن تنظر من الرجل إلى ما ينظر الرجل إليه منه إذا أمن الشهوة)** قال صاحب العناية: قوله ويجوز للمرأة أن تنظر من الرجل إلى ما ينظر الرجل إليه منه عكس هذا القسم الذي نحن فيه. أقول: ليس الأمر كذلك في الظاهر، إذ الظاهر أن المراد بالقسم الذي نحن فيه هو الذي ذكر قبيل هذه المسألة، أعني قوله وينظر الرجل من الرجل إلى جميع بدنه إلا ما بين سرّته إلى ركبته فإنه الصالح لأن يعنون بما نحن فيه ولا يذهب عليك أن هذا الذي ذكر هنا ليس بعكس ذاك، وإنما هذا عكس القسم الأول المذكور في صدر الفصل، ويحتمل أن يكون مراده بالقسم الذي نحن فيه هو القسم الأول المذكور في صدر الفصل بناء على أن المصنف لما لم يستوف بعد أقسام ذلك القسم الأول بل أدخل في خلالها الأقسام الثلاثة الأخر من أصل التقسيم كما ستحيط به خيراً لم يكن فارغاً عن بيان ذلك القسم بالكلية، بل كان في عهدته الآن بيان ما بقي منه، فهذا الاعتبار جاز أن يعبر عنه الشارح المزبور بالقسم الذي نحن فيه، وإن كان مستبعداً عند من له سلامة الفطرة. ثم إن بعض المتأخرين طعن في تحرير هذه المسألة حيث قال: ولو نكر الرجل الثاني كان أولى. أقول: ليس هذا بشيء إذ لا يخفى على ذي مسكة أن المقصود من هذه المسألة بيان حال الجنس مطلقاً لا بيان بعض من أفراده، وإن كان غير معين فالأولى أن يعرف الرجل في الموضعين معاً تعريف الجنس لا أن ينكر الثاني ولا الأول تأمل تفهم قوله: **(وتنظر المرأة من المرأة إلى ما يجوز للرجل أن ينظر إليه من الرجل)** قال صاحب العناية: هذا هو القسم الثالث من أصل التقسيم. أقول: بل هذا هو القسم الرابع منه كما لا يشتبه على أحد من أولي النهي. ولم أدر كيف خفي علي مثل ذلك. والعجب أنه قد ابتلى بمثليه فيما مر كما عرفته وأصر عليه، ولعل حكمة زلته في هذا الفصل ما وقع منه من سوء الظن بالمصنف حيث قال فيما بعد: والتسامح في رعاية الترتيب في كلام المصنف ظاهر فصدر من نفسه ما

على أنهن لا يمنعن عن الدخول في الحمام خلافاً لما يقوله بعض الناس، لأن العرف الظاهر في جميع البلدان ببناء الحمامات للنساء وتمكينهن من دخول الحمامات دليل على صحة ما قلنا، وحاجة النساء إلى دخول الحمامات فوق حاجة الرجال، لأن المقصود تحصيل الزينة والمرأة إلى هذا أحوج من الرجل، ويتمكن الرجل من الاغتسال في الأنهار والحياض والمرأة لا تتمكن من ذلك. إلى هذا أشار في المبسوط. وقوله كنظر الرجل إلى محارمه: يعني لا ينظر إلى ظهرها وبطنها وفخذها كما سيأتي. قال المصنف رحمه الله: **(والأول أصح)** لأن نظر الجنس أخف. قال: **(وينظر الرجل من أمته الخ)** هذا هو القسم الثاني من أقسام نظر الرجل إلى المرأة، والتسامح في رعاية الترتيب في كلام المصنف ظاهر، وقيده بقوله من أمته التي تحل له، لأن حكم أمته المجوسية والتي هي أخته من الرضاع حكم أمة الغير في النظر إليها، لأن إباحة النظر إلى جميع البدن مبنية على حل الوطء فتنتفي بانتفائه. والعير: هو الحمار الوحشي، وخصه بالذكر لأن للأهلي نوع ستر من الأقتاب والثفر. وقد

قوله: **(لأن الفرض أنه لم ينظر)** أقول: متى فرض ذلك؟.

---

(١) تقدم في أوائل هذا الفصل وأنه غريب لا يوجد. كما قال الزيلعي وابن حجر.

إلى الرجل لأن الرجال يحتاجون إلى زيادة الانكشاف للاشتغال بالأعمال. والأول أصح. قال: **(وينظر الرجل من أمته التي تحلّ له وزوجته إلى فرجها)** وهذا إطلاق في النظر إلى سائر بدنها عن شهوة وغير شهوة. والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام «غضّ بصرك إلا عن أمتك وامرأتك» ولأن ما فوق ذلك من المسّ والغشيان مباح فالنظر أولى، إلا أن الأولى أن لا ينظر كل واحد منهما إلى عورة صاحبه لقوله عليه الصلاة والسلام «إذا أتى أحدكم أهله فليستتر ما استطاع ولا يتجردان تجرد العير»[1] ولأن ذلك يورث النسيان لورود الأثر[2]. وكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول: الأولى أن ينظر ليكون أبلغ في تحصيل معنى اللذة[3]. قال: **(وينظر الرجل من ذوات محارمه إلى الوجه**

هو أشدّ قبحاً منه قوله: **(وعن أبي حنيفة أن نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى محارمه)** يعني لا تنظر إلى ظهرها وبطنها، وهذا معنى قول صاحب الكافي: حتى لا يباح لها النظر إلى ظهرها وبطنها. قال صاحب العناية في شرح هذا المحل: يعني لا تنظر إلى ظهرها وبطنها وفخذها كما سيأتي انتهى. أقول: ذكر الفخذ ها هنا مستدرك بل مخل لأن عدم جواز نظر المرأة إلى فخذ المرأة قد تقرر في القول الأول، لأن الفخذ ليس مما يجوز أن ينظر الرجل إليه من الرجل. والذي لا بدل له هنا منه بيان ما يمتاز به القول الثاني عن القول الأول. وهو أن لا تنظر إلى ظهرها وبطنها أيضاً. وذكر الفخذ في هذا الأثناء يوهم جواز النظر إليه في القول الأول قوله: **(والأصل فيه قوله عليه الصلاة**

قيل هو الأهلي أيضاً. وقول ابن عمر رضي الله عنهما: الأولى أن ينظر: يعني وقت الوقاع. روي عن أبي يوسف رحمه الله في الأمالي قال: سألت أبا حنيفة رحمه الله عن الرجل يمسّ فرج امرأته أو تمس هي فرجه ليتحرك عليها هل ترى بذلك بأساً؟ قال لا، أرجو أن يعظم الأجر. قال: **(وينظر الرجل من ذوات محارمة إلخ)** هذا هو القسم الثالث من ذلك نظر الرجل إلى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين من ذوات محارمه جائز دون بطنها وظهرها وفخذها. وقال الشافعي رحمه الله في

---

(١) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ١٩٢١ والطبراني كما في نصب الراية ٤/ ٢٤٦ كلاهما من حديث عتبة بن عبد السلمي.
وقال البوصيري في الزوائد ٢/ ١٢١: إسناده ضعيف لضعف الأحوص بن حكيم اهـ.
وفيه الوليد بن قاسم الهمداني. قال في التقريب: صدوق يخطئ. وأخرجه النسائي في الكبرى ٩٠٢٩ كتاب عشرة النساء من حديث عبد الله بن سرجس.
وقال النسائي: هذا حديث منكر، وصدقة بن عبد الله ضعيف، وأخرجه البزار، والطبراني كما في المجمع ٤/ ٢٩٣ كلاهما من حديث ابن مسعود
وقال الهيثمي: فيه مندل بن علي ضعيف وقد وُثق وقال البزار: أخطأ مندل في رفعه والصواب أنه مرسل. وبقية رجاله ثقات.
وقال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٢٤٧ و ٢٤٦: ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه عن أبي قلابة مرسلاً: إذا أتى أحدكم أهله فليلق على عجزه وعجزها شيئاً ولا يتجردا تجرد العيرين
ورواه ابن عدي وأسند تضعيف علي بن مندل عن يحيى والسعدي والنسائي. وقال أبو زرعة أخطأ فيه مندل. ونقل العقيلي عن الأعمش أنه كذب فيه مندل وقال: أنا أخبرت به عن أبي قلابة مرسلاً اهـ.
وأخرجه الطبراني كما في المجمع ٤/ ٢٩٣ ـ ٢٩٤ من حديث أبي أمامة وقال الهيثمي: فيه عفير بن معدان ضعيف. وأخرجه الطبراني من وجه آخر عن أبي أمامة مرفوعاً وله قصة وقال الهيثمي: فيه علي بن يزيد ضعيف.
وأخرجه الطبراني من حديث أبي هريرة وقال الهيثمي: ورواه البزار أيضاً وضعفه اهـ.
الخلاصة: هذا حديث جاء من عدة طرق وكلها واهية وبعضها أشد ضعفاً من بعض وقد ضعفه الألباني في الإرواء ٢٠٠٩ وفي آداب الزواج ص ٣٢ ـ ٣٣.

(٢) باطل. قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٢٤٨: غريب
وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ٢٢٩: لم أجده.
ثم قالا: وأخرج ابن عدي في الكامل، وابن حبان في الضعفاء عن ابن عباس مرفوعاً: إذا جامع أحدكن زوجته، فلا ينظر إلى فرجها، فإن ذلك يورث العمى. وكذا رواه ابن حبان وقالا ـ أي ابن حجر والزيلعي ـ: قال ابن أبي حاتم في علله: سألت أبي عنه فقال: هذا حديث موضوع
وأخرجه ابن الجوزي في الموضوعات من طريق الأزدي عن أبي هريرة مرفوعاً وقال: قال الأزدي: فيه إبراهيم الفريابي ساقط اهـ. أنظر تلخيص الحبير ٣/ ١٤٩ وكذا أنظر ابن عدي ٢/ ٧٥ وعلل ابن أبي حاتم ٢/ ٢٩٥.

(٣) موقوف منكر. قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٢٤٨: غريب جداً.
وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ٢٢٩: لم أجده.

. . . .

والسلام «غض بصرك إلا عن أمتك وامرأتك»[١]) قال في الكافي بعد ذكر هذا الأصل الذي هو حديث أبي هريرة[٢] وقالت عائشة رضي الله عنها: «كنت أغتسل أنا ورسول الله من إناء واحد، وكنت أقول بق لي بق لي[٣]» ولو لم يكن النظر مباحاً لما تجرد كل واحد منهما بين يدي صاحبه انتهى. وقصد الشارح العيني تزييف الاستدلال على المدعي ها هنا بحديث عائشة رضي الله عنه فقال بعد أن ذكر الاستدلال بذلك: قلت: لا يتم الاستدلال بهذا لأنه لا يلزم أن يكون اغتسالهما معاً بل يجوز أن يكون متعاقبين ولكن في ساعة واحدة. ولئن سلمنا فلا يدل ذلك على أن كلاً منهما كان ينظر إلى فرج الآخر. كيف وقد روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت «قبض رسول الله ﷺ ولم ير مني ولم أر منه»[٤] انتهى. أقول: ليس شيء من كلامه المنفي والتسليمي بصحيح، أما الأول فلأن قولها رضي الله عنها «وكنت أقول بقي لي بق لي وهو يقول لي بقي لي»[٥] يدل قطعاً على أن يكون اغتسالهما معاً، إذ لو كان على التعاقب لما صح من المتقدم منهما طلب تبقية الماء من الآخر. إذ المباشر أولاً هو المتقدم فالتبقية وظيفته لا وظيفة الآخر. فلا معنى لطلبها من الآخر. وأما الثاني فلأن المدعي ها هنا مجرد جواز النظر إلى الفرج لا لزوم وقوعه البتة. ولا شك أن تجرّد كل واحد منهما بين يدي صاحبه يدل على جواز ذلك فإن التجرد سبب لرؤية العورة عادة. فلو لم يكن النظر إليها مباحاً للزوج لما وقع التجرد منهما للقطع بتحرز النبيّ ﷺ عن مظان الحرمة. ثم إن مجرد جواز النظر إلى فرج الزوج لا ينافي عدم وقوعه منهما تأدباً على مقتضى مكارم الأخلاق. فلا تدافع بين حديثي[٦] عائشة أصلاً قوله: (وينظر الرجل من ذوات محارمه إلى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين، ولا

القديم: لا بأس بذلك، جعل حالها كحال الجنس في النظر، وهو محجوج بحكم الظهار فإنه ثابت إذا قال لامرأته أنت عليّ كظهر أمي، فلو كان النظر إليه حلالاً لما كان ظهاراً لأن الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة. وقوله: (والأصيل فيه) أي في جواز ما جاز وعدم جواز ما لم يجز على تأويل المذكور (قوله تعالى: ﴿ولا يبدين زينتهن﴾ الآية) والمراد والله أعلم مواضع الزينة، ذكر الحال وأراد المحل مبالغة في النهي عن الإبداء، لأن إبداء ما كان منفصلا إذا كان منهياً عنه فإبداء المتصل أولى، وذلك

قوله: (هو القسم الثالث) أقول: بل الرابع.

---

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٤٠١٧ والترمذي ٢٧٦٩ و ٢٧٩٤ والنسائي في الكبرى كما في نصب الراية ٤/ ٢٤٥ وابن ماجه ١٩٢٠ والحاكم ٤/ ١٧٩ كلهم من حديث بهز بن حكيم عن أبيه عن جده معاوية بن حيدة قال:
قلت: يا رسول الله ﷺ عوراتنا ما نأتي منها وما نذر؟ قال: احفظ عورتك إلا من زوجتك، أو ما ملكت يمينك. قال: قلت: يا رسول الله إذا كان في القوم بعضهم في بعض. قال: إن استطعت أن لا يرينَّها أحدٌ فلا يرينَّها. قال: قلت: إذا كان أحدنا خالياً. قال: الله أحق أن يُستحيا منه.
قال الترمذي: حديث حسن.
وقال الحاكم: صحيح الإسناد، وأقره الذهبي. وهو حسن للاختلاف المعروف في سلسلة بهز عن آبائه
تنبيه: وأما بسياق المصنف صاحب الهداية فهو غريب. قال ابن حجر في الدراية ٢/ ٢٢٧: لم أره بهذا اللفظ.
(٢) لعل مراده ما يأتي بعد قليل من حديث أبي هريرة: العينان تزنيان وزناهما النظر... الحديث رواه مسلم. وسيأتي تخريجه بعد أحاديث.
(٣) صحيح. أخرجه مسلم ٣٢١ ح ٤٦ والنسائي ١/ ١٣٠ و ١/ ٢٠٢ والشافعي ١/ ٢٠ والحميدي ١٦٨ والطيالسي ١/ ٤٢ وأحمد ٦/ ١٠٣. ١١٨. ١٢٣. ١٦١. ١٧١. ١٧٢ وابن خزيمة ٢٣٦ وابن حبان ١١٩٥ كلهم من حديث عائشة. ورواية النسائي: كنت أغتسل أنا ورسول الله ﷺ من إناء واحد، يُبادرني وأبادره حتى يقول: دعي لي. وأنا أقول: دع لي. ورواية مسلم: فيبادرني حتى أقول: دع لي، دع لي. وسياق المصنف لابن حبان وغيره.
(٤) غريب. وأخرجه أحمد ٦/ ٦٣. ١٩٠ من حديث موسى بن عبد الله الخطمي عن مولاة لعائشة عن عائشة قالت: ما رأيت فرج رسول الله ﷺ قط. وإسناده غير قوي لجهالة مولاة عائشة هذه وفي الرواية الأولى لأحمد قال: عن مولى لعائشة. فهذا اضطراب أيضاً مع جهالة راويه. والله أعلم.
(٥) تقدم قبل حديث واحد.
(٦) الحديث الأول لعائشة هو: كنت أغتسل أنا والنبي ﷺ. والثاني هو: لم ير مني ولم أر منه اهـ هذا مرادِ المصنف.

والرأس والصدر والساقين والعضدين، ولا ينظر إلى ظهرها وبطنها وفخذها). والأصل فيه قوله تعالى ﴿ولا يبدين زينتهنّ إلا لبعولتهنّ﴾ الآية، والمراد والله أعلم مواضع الزينة وهي ما ذكر في الكتاب. ويدخل في ذلك الساعد

ينظر إلى ظهرها وبطنها وفخذها) أقول: كان الأنسب أن لا يذكر الفخذ ها هنا. فإنه لما تقرر فيما مرّ عدم جواز أن ينظر الرجل من الرجل مطلقاً: أي وإن كان ذا رحم محرم منه إلى ما بين سرّته إلى ركبته علم عدم جواز أن ينظر الرجل من المرأة وإن كانت من ذوات محارمه إلى ما بين سرتها إلى ركبتها بالأولوية، لأن النظر إلى خلاف الجنس أغلظ، وعن هذا لم يتعرض صاحب المحيط في هذا المقام لذكر شيء مما بين السرّة والركبة حيث قال: ولا يحل أن ينظر إلى بطنها ولا إلى ظهرها ولا إلى جنبها، ولا يمس شيئاً من ذلك انتهى. وظهر منه أيضاً أن ذكر الجنب أحق من ذكر الفخذ ها هنا. فإن قلت. المقصود من ذكر الفخذ في الكتاب بيان الواقع والتصريح بما علم التزاماً مما تقدم. قلت: فحينئذٍ كان الأنسب أن يقال: بدل وفخذها ما بين سرتها إلى ركبتها كما ذكره صاحب البدائع حيث قال: ولا يحل النظر إلى ظهرها وبطنها وإلى ما بين السرّة والركبة منها ومسها انتهى، فإن فيه عموم الإفادة. فإن قلت: المقصود بالاكتفاء بذكر الفخذ هو السلوك مسلك الدلالة في إفادة حرمة النظر إلى ما عداه أيضاً مما بين السرّة والركبة بالأولوية. قلت: فحينئذٍ كان الأحق الاكتفاء بذكر الركبة، فإن حكم العورة في الركبة أخفّ منه في الفخذ، وفي الفخذ أخفّ منه في السوءة كما تقرر فيما مر، فبذكر الفخذ لا يعلم حكم الركبة دلالة لكونها أخف منه في حرمة النظر. وأما بذكر الركبة فيعلم حكم الفخذ والسوءة أيضاً دلالة بالأولوية لكونهما أقوى منها في حرمة النظر. ثم إن بعض المتأخرين قصد حل بعض عبارة هذه المسألة فقال: وأصل التركيب ذوات الرحم المحارم على أن المحارم صفة الذوات، وقد يحذف الرحم فيقال ذوات المحارم بطريق المسامحة، والنكتة فيه شمول المسألة للمحرم بسبب كما سيجيء، وجعل المحرم ها هنا مصدراً ميمياً بمعنى الحرمة مع عدم استعماله فيه لا يلائمه تفسيره بما سيجيء فتأمل، إلى هنا كلامه. أقول: فيه خلل. أما أولاً فلأنه لو كان أصل التركيب المذكور ذوات الرحم المحارم على أن المحارم صفة الذوات فحذف الرحم وأضيفت الذوات إلى المحارم بطريق المسامحة كان مدلول هذه المسألة مختصاً بالمحرم بنسب، إذ الرحم لا يتصور في غير النسب فلا محال لأن تكون النكتة في حذف الرحم وإضافة الذوات إلى المحارم شمول المسألة للمحرم بسبب. لأن النكتة في العبارة لا تصلح أن تغير المعنى بالكلية حتى تنقله من الخصوص إلى العموم. وبالجملة بين أن يكون معنى التركيب المذكور ذوات الرحم المحارم وبين أن تشمل المسألة المذكورة المحرم بسبب تناف لا يخفى، وأما ثانياً فلأن قوله وجعل المحرم ها هنا مصدراً ميمياً بمعنى الحرمة مع عدم استعماله فيه لا يلائمه تفسيره بما سيجيء ليس بسديد. فإن كلاً من قوله مع عدم استعماله فيه ومن قوله لا يلائمه تفسيره بما سيجيء في حيز المنع. أما الأول فلأنه قال في المغرب: المحرم الحرام والحرمة أيضا. وقال في النساء في هذا الباب سبعة أنواع. نوع منهن المنكوحات، ونوع منهن المملوكات، ونوع منهن ذوات الرحم المحرم كالأم والبنت والعمة والخالة، ونوع منهن ذوات المحرم بلا رحم وهن المحارم من جهة الرضاع والمصاهرة، ونوع منهن مملوكات الأغيار، ونوع منهن من لا رحم لهن ولا محرم وهن الأجنبيات الحرائر، ونوع منهن من ذوات الرحم بلا محرم كبنت العم والعمة والخال والخالة اهـ. ولا يخفى على الفطن أن المحرم المذكور ثمة في مواضع متعددة إنما يصلح منه أن يكون بمعنى الحرام ما ذكر في قوله ذوات الرحم بلا محرم والباقي منه بمعنى الحرمة لا غير كما في قوله ذوات المحرم بلا رحم، وقوله من لا رحم لهن ولا محرم،

كقوله تعالى: ﴿ولا القلائد﴾ في حرمة تعرض محلها. وقوله: (وهي ما ذكر في الكتاب) يريد به الوجه إلى آخره، ويدخل في ذلك: أي في مواضع الزينة المدلول عليها بالزينة الساعد والأذن والعنق والقدم، لأن كل ذلك موضع الزينة؛ أما الرأس فلأنه موضع التاج والإكليل، والشعر موضع العقاص، والعنق موضع القلادة والصدر كذلك، والأذن موضع القرط، والعضد

والأذن والعنق والقدم. لأن كل ذلك موضع الزينة، بخلاف الظهر والبطن والفخذ لأنها ليست من مواضع الزينة، ولأن البعض يدخل على البعض من غير استئذان واحتشام والمرأة في بيتها في ثياب مهنتها عادة، فلو حرم النظر إلى هذه المواضع أدّى إلى الحرج، وكذا الرغبة تقلّ للحرمة المؤبدة فقلماً تشتهى، بخلاف ما وراءها، لأنها لا تنكشف

وقوله ذوات الرحم بلا محرم يظهر كل ذلك بالتأمل الصادق والذوق الصحيح. وقال في فتاوى قاضيخان: ولا بأس للرجل أن ينظر من أمه وابنته وأخته البالغة وكل ذات رحم محرم منه كالجدّات وأولاد الأولاد والعمات والخالات إلى شعرها ورأسها وصدرها وبدنها وعنقها وعضدها وساقها، ولا ينظر إلى ظهرها وبطنها ولا إلى ما بين سرتها إلى أن تجاوز الركبة. وكذا إلى كل ذات محرم برضاع أو صهرية كزوجة الأب والجد وإن علا وزوجة الابن وأولاد الأولاد وإن سفلوا، وابنة المرأة المدخول بها، فإن لم يكن دخل بها فهي كالأجنبية انتهى. ولا يخفى على الفطن أيضاً أن المحرم المذكور في قوله وكذا إلى كل ذات محرم برضاع أو صهرية بمعنى الحرمة دون الحرام، إذ لا معنى لأن يقال: كل ذات حرام: أي صاحبة حرام، لأن الحرام هي صاحبة الحرمة نفسها فلا معنى لإضافة الذات إليه. وأما الثاني فلأنة إنما لا يلائمه تفسيره بما سيجيء لو كان مراد المصنف بما سيجيء تفسير المحرم الذي هو مفرد المحارم في قوله وينظر الرجل من ذوات محارمه. وأما إذا كان مراده بذلك تفسير المحرم بمعنى الحرام المأخوذ من مجموع قوله ذوات محارمه لا من قوله محارمه فقط فلا يلزم عدم الملاءمة كما لا يخفى. والظاهر أن مراد المصنف هو الثاني، ويعضده تقرير صاحب المحيط في هذه المسألة حيث قال: وأما النظر إلى ذوات محارمه فنقول: يباح النظر إلى موضع زينتها الظاهرة والباطنة. ثم قال: وذوات المحارم من حرم عليه نكاحهن بالنسب نحو الأمهات والبنات والجدّات والعمات والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت: أو بالسبب كالرضاع والمصاهرة انتهى. فإنه فسر ذوات المحارم بما فسر به المصنف نفسه، ثم إن التحقيق في معنى التركيب المذكور وهو قولهم ذوات محارمه أنه إذا أريد به من حرم عليه نكاحهن بالنسب وحده، ويجوز أن يكون أصله ذوات الرحم المحارم على أن يكون المحارم صفة الذوات وتكون جمع محرم بمعنى حرام، ويجوز أن يكون معناه ذوات الحرمات على أن يكون المحارم جمع محرم بمعنى الحرمة. وأما إذا أريد به من حرم عليه نكاحهن بنسب أو سبب كما في مسألة الكتاب فلا مجال لتقدير الرحم لكونه منافياً للتعميم بل يتعين المعنى الثاني قوله: **(والأصل فيه قوله تعالى: ﴿ولا يبدين زينتهن إلا لبعولتهن﴾ الآية النور (٣١))** قال صاحب العناية في شرح هذا المقام: وقوله والأصل فيه: أي في جواز ما جاز وعدم جواز ما لم يجز على تأويل المذكور قوله تعالى: ﴿ولا يبدين زينتهن﴾ الآية النور (٣١). وتبعه الشارح العيني أقول فيه نظر، لأن الآية المذكورة إنما تدل على جواز ما جاز وهو النظر إلى مواضع الزينة، ولا تدل على عدم جواز ما لم يجز، وإنما يدل عليه آية أخرى وهي قوله تعالى: ﴿قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم﴾ الآية النور (٣٠) كما أفصح عنه صاحب البدائع حيث قال: ولا يحل النظر إلى ظهرها وبطنها ولا ما بين السرّة والركبة منها ومسها لعموم قوله تعالى: ﴿قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم﴾ إلا أنه رخص للمحارم النظر إلى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة بقوله تعالى: ﴿ولا يبدين زينتهن إلا لبعولتهن﴾ الآية النور (٣١). فبقي غض البصر

موضع الدملج، والساعد موضع السوار، والكفّ موضع الخاتم، والخضاب والساق موضع الخلخال، والقدم موضع الخضاب، بخلاف الظهر والفخذ والبطن لأنها ليست مواضع الزينة، وباقي كلامه واضح. وقوله: **(لوجود المعنيين)** يعني الضرورة وقلة الرغبة فيه: أي في المحرم. وقوله في الأصح متعلق بقوله أو سفاح، لأن اختلاف المشايخ في المصاهرة بالزنا لا فيها بالنكاح، فإن بعض مشايخنا رحمهم الله قال: لا يثبت حلّ المسّ والنظر بالمصاهرة سفاحاً، لأن ثبوت الحرمة بطريق العقوبة على الزاني لا بطريق النعمة، لأنه لما ظهرت خيانته مرة لا يؤتمن ثانياً. والأصح أنه لا بأس بذلك لما بينا أنها محرمة عليه على التأبيد، ولا وجه لقوله ثبوت الحرمة بطريق العقبة لأنها تثبت باعتبار كرامة الولد على ما عرف في موضعه

عادة. والمحرم من لا تجوز المناكحة بينه وبينها على التأبيد بنسب كان أو بسبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه، وسواء كانت المصاهرة بنكاح أو سفاح في الأصح لما بينا. قال: **(ولا بأس بأن يمس ما جاز أن ينظر إليه منها)** لتحقق الحاجة إلى ذلك في المسافرة وقلة الشهوة للمحرمية، بخلاف وجه الأجنبية وكفيها حيث لا يباح المس وإن أبيح النظر لأن الشهوة متكاملة **(إلا إذا كان يخاف عليها أو على نفسه الشهوة)** فحينئذ لا ينظر ولا يمس لقوله عليه الصلاة والسلام «العينان تزنيان وزناهما النظر، واليدان تزنيان وزناهما البطش»[1]، وحرمة الزنا بذوات المحارم أغلظ فيجتنب. **(ولا بأس بالخلوة والمسافرة بهن)** لقوله عليه الصلاة والسلام «لا تسافر المرأة فوق ثلاثة أيام ولياليها إلا ومعها زوجها أو ذو رحم محرم منها»[2]. وقوله عليه الصلاة والسلام «ألا لا يخلونّ رجل بامرأة

عما وراءها مأموراً به. وإذا لم يحل النظر فالمس أولى لأنه أقوى انتهى، أو آية الظهار كما أشار إليه صاحب المحيط حيث قال: ولا يحل أن ينظر إلى بطنها ولا إلى ظهرها ولا إلى جنبها ولا يمس شيئاً من ذلك. والوجه فيه أن الله تعالى سمى الظهار في كتابه منكرا من القول وزوراً. وصورة الظهار أن يقول الرجل لامرأته: أنت كظهر أمي، ولولا أن ظهرها محرم عليه نظراً ومساً لما سمى الظهار منكراً من القول وزوزاً. وإذا ثبت هذا في الظهر ثبت في البطن والجنبين انتهى فتأمل قوله: **(ولأن البعض يدخل على البعض من غير استئذان واحتشام والمرأة في بيتها في ثياب مهنتها عادة. فلو حرم النظر إلى هذه المواضع أدّى إلى الحرج)** قال بعض المتأخرين: وتقرير هذا الدليل واضح، إلا أن قوله يدخل على البعض من غير استئذان يشكل بما ذكره صاحب البدائع في مسائل الدخول في بيت الغير أنه إذا كان من محارمه فلا يدخل عليه من غير استئذان، فربما كانت مكشوفة العورة فيقع بصره عليها فيكرهان ذلك، ثم استدل عليه بآثار انتهى كلامه. أقول: مراد المصنف بقوله إن البعض يدخل على البعض من غير استئذان أن العادة جرت بين الناس على دخول بعض المحارم على بعضهم من غير استئذان، لا أنه أمر مندوب في الشرع وما ذكره صاحب البدائع حكم الشرع في أمر الدخول في بيت الغير فإنه قال: وأما حكم الدخول في بيت الغير

قال: **(ولا بأس بأن يمس ما جاز أن ينظر إليه منها لوجود المقتضي للإباحة)** وهوالحاجة إلى ذلك في المسافرة وانتفاء المانع وهو وفور الشهوة. وقوله: **(إلا إذا كان يخاف عليها)** استثناء من قوله ولا بأس، وكلمة فوق في قوله عليه الصلاة والسلام «فوق ثلاثة أيام» صلة، لأن حرمة المسافرة ثابتة في ثلاثة أيام أيضاً فكان كقوله تعالى: ﴿فإن كنّ نساء فوق اثنتين﴾ وإذا جازت المسافرة بهن جازت الخلوة بهن لأن في المسافرة خلوة. وقوله: **(فإن احتاج إلى الإركاب)** أي إركاب ذوات

قوله: **(لأنه لما ظهرت خيانته الخ)** أقول: فيه بحث، ثم الظاهر أن يقال: ولأنه الخ.

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ٢٦٥٧ ح ٢٠ وكذا البخاري ٦٦١٢ وابن حبان ٤٤٢٠ وأحمد ٢/٢٧٦ والبيهقي ٧/٨٩ و ١٠/ ١٨٥. ١٨٦ كلهم عن ابن عباس قال: ما رأيت شيئاً أشبه باللمم معاً قال أبو هريرة عن النبي ﷺ: إن الله كتب علىٰ ابن آدم حظه من الزنا أدرك ذلك لا محالة، فزنا العين النظر، وزنا اللسان النطق، والنفس تمنّىٰ وتشتهي والفرج يصدق ذلك ويكذبه. ورواية لمسلم ح ٢١ وفيه: واليد زناها البطش والرجل زناها الخطا... الحديث.

وورد بألفاظ أخرىٰ عند ابن حبان ٤٤١٩ و ٤٤٢١ و ٤٤٢٢ وأحمد ٢/٣١٧. ٣٤٩. ٣٧٩. ٤١١. ٣٧٢. ٣٤٤. ٤١٢. ٣٤٣ وسياق المصنف. أي صاحب الهداية لرواية أحمد الأخيرة هذه ٣٤٣ وأتم منه والحديث هو عن أبي هريرة في طرقه كلها.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١٣٤٠ وأبو داود ١٧٢٦ والترمذي ١١٦٩ وابن ماجه ٢٨٩٨ والدارمي ٢/٢٨٦ وابن خزيمة ٢٥١٩ وابن حبان ٢٧١٩ والبيهقي ٣/ ١٣٨ والبغوي ١٨٥٠ كلهم من حديث أبي سعيد

وورد من حديث أبي هريرة بنحوه. أخرجه مسلم ١٣٣٩ وأبو داود ١٧٢٥ وابن حبان ٢٧٢١ وابن خزيمة ٢٥٢٧

ومن حديث ابن مسعود أخرجه ابن حبان ٢٧٢٠ وإسناده غير قوي. ومن حديث ابن عمر أخرجه البخاري ١٠٨٧ وأبو دادو ١٧٢٧ وابن خزيمة ٢٥٢١ وابن حبان ٢٧٢٩ والبيهقي ٣/ ١٣٨

ومن حديث ابن عباس. أخرجه ٣٠٠٦ و ٥٢٣٣ ومسلم ١٣٤١ والشافعي ١/٢٨٦ وأحمد ١/ ٢٢٢ وابن حبان ٢٧٣١ وابن خزيمة ٢٥٢٩ والطحاوي ٢/ ١١٢.

فهذا حديث مشهور بل هو متواتر علىٰ رأي قوم فإن له طرقاً أخرىٰ تركتها خشية التطويل والله الموفق.

ليس منها بسبيل فإن ثالثهما الشيطان»[1] والمراد إذا لم يكن محرماً، فإن احتاج إلى الإركاب والإنزال فلا بأس بأن يمسها من وراء ثيابها ويأخذ ظهرها وبطنها دون ما تحتهما إذا أمنا الشهوة. فإن خافها على نفسه أو عليها تيقناً أو ظناً أو شكاً فليجتنب ذلك بجهده، ثم إن أمكنها الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك أصلاً، وإن لم يمكنها يتكلف بالثياب كيلا تصيبه حرارة عضوها، وإن لم يجد الثياب يدفع الشهوة عن قلبه بقدر الإمكان. قال: **(وينظر الرجل من مملوكة غيره إلى ما يجوز أن ينظر إليه من ذوات محارمه)** لأنها تخرج لحوائج مولاها وتخدم أضيافه وهي في ثياب مهنتها، فصار حالها خارج البيت في حق الأجانب كحال المرأة داخله في حق محارم الأقارب. وكان عمر رضي الله عنه إذا رأى جارية متقنعة علاها بالدرّة وقال: ألقي عنك الخمار يا دفار أتتشبهين بالحرائر[2]؟ ولا يحلّ النظر إلى

فالداخل لا يخلو إما أن يكون أجنبياً أو من محارمه، فإن كان أجنبياً فلا يحل له الدخول فيه، ثم قال: وإن كان من محارمه فلا يدخل من غير استئذان أيضا وإن كان يجوز له النظر إلى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة، ثم قال: إلا أن الأمر في الاستئذان على المحارم أسهل وأيسر، لأن المحرّم مطلق النظر إلى مواضع الزينة منها شرعاً انتهى. فقد تلخص منه أن الدخول في بيت الأجنبي من غير استئذان حرام، والدخول في بيت محارمه من غير استئذان مكروه، ويكفي في التأذي إلى الحرج جريان العادة بين الناس بدخول بعض المحارم على بعضهم بلا استئذان، وإن كان ذلك مما لا يمدح في حكم الشرع والحرج مدفوع شرعاً فلا إشكال قوله: **(والمحرم من لا تجوز المناكحة بينه وبينها على التأبيد بنسب كان أو سبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه)** يعنى بالمعنيين الضرورة وقلة الرغبة، كذا في الشروح. وفي عبارة بعضهم: يعني الحرج وقلة الرغبة. قال تاج الشريعة: فإن قلت: فعلى هذا ينبغي أن لا يقطع إذا سرق المرء من بيت أمه من الرضاع لجواز الدخول من غير احتشام واستئذان فوقع نقصان في

المحارم، والأصل في ذلك أن لا يجوز مسّ ما يجوز أن ينظر الرجل إليه لأن المس فوق النظر، لكنه جاز «لأن النبي ﷺ كان يقبل رأس فاطمة رضي الله عنها ويقول: أجد منها ريح الجنة» وكان ذلك لا عن شهوة قطعاً، فيجوز المس مع الاتقاء عن الشهوة ما أمكن. قال: **(وينظر الرجل من مملوكة غيره الخ)** هذا آخر الأقسام من ذلك وكلامه واضح. وقوله علاها: أي

---

(١) غريب بهذا اللفظ. كذا قال الزيلعي في تخريجه ٤/٢٤٩ وقد أخرجه الترمذي ٢١٦٥ والنسائي في الكبرى ٩٢٢٥ وأحمد ١/١٨ والحاكم ١/١١٤ كلهم من حديث ابن عمر أن عمر خطب بالجابية فقال: يا أيها الناس. قمت فيكم كمقام رسول الله ﷺ فينا. فقال: أوصيكم بأصحابي، ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم، ثم يفشو الكذب حتى يحلف الرجل ولا يُستحلف، ويشهد الشاهد ولا يُستشهد. ألا لا يخلونَّ رجل بامرأة إلا كان ثالثهما الشيطان. عليكم بالجماعة، إياكم والفرقة، فإن الشيطان مع الواحد، وهو مع الاثنين أبعد. وقال الترمذي: حسن صحيح غريب وصححه الحاكم ووافقه الذهبي.

وأخرجه الحاكم ١/ ١١٤ ـ ١١٥ عن سعد بن أبي وقاص عن عمر به

وأخرجه الحميدي ٣٢ عن سليمان بن يسار عن أبيه عن عمر به.

وأخرجه الطيالسي برقم (٧) وأحمد ١/٢٦ والنسائي في الكبرى ٩٢١٩ و ٩٢٢٠ و ٩٢٢١ وابن حبان ٤٥٧٦ من طرق عن جابر بن سمرة عن عمر به.

وأخرجه النسائي في الكبرى ٩٢٢٢ و ٩٢٢٣ عن ابن الزبير عن عمر به

وورد من حديث عامر بن ربيعة وغيره أنظر نصب الراية ٤/ ٢٥٠ . فالحديث جيد بمجموع طرقه

(٢) باطل بهذا اللفظ. قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٢٥٠: غريب. وأخرج البيهقي عن نافع أن صفية بنت أبي عبيد حدثته قالت: خرجت امرأة متجلبية مختمرة فقال عمر: من هذه المرأة؟ فقيل له: جارية لفلان ـ رجل من بينه ـ فأرسل إلى حفصة. فقال: ما حملك على أن تخمري هذه الأمة حتى هممت أن أقع بهما لا أحسبها إلا من المحصنات، لا تشبهوا الإماء بالمحصنات وقال البيهقي: والآثار بذلك عن عمر صحيحة اهـ.

قلت: وما ذكره صاحب الهداية عن عمر غريب. لأن معنى: يادفار. أي يا منتنة. وحاشا الله أن يحتقر عمر إماء الله. أو أن يضربهنّ بدون ذنب يستحق الضرب. والصواب رواية البيهقي حيث ساقه من طرق. أنظر سنن البيهقي ٢/ ٢٢٦ ـ ٢٢٧ وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ٢٣٠ عن رواية صاحب الهداية عن عمر: لم أجده.

بطنها وظهرها خلافاً لما يقوله محمد بن مقاتل إنه يباح إلا إلى ما دون السرّة إلى الركبة، لأنه لا ضرورة كما في المحارم، بل أولى لقلة الشهوة فيهن وكمالها في الإماء. ولفظة المملوكة تنتظم المدبرة والمكاتبة وأم الولد لتحقق الحاجة، والمستسعاة كالمكاتبة عند أبي حنيفة على ما عرف، وأما الخلوة بها والمسافرة معها فقد قيل يباح كما في

الحرز. قلت: لا يقطع عند البعض. وأما جواز الدخول من غير استئذان فممنوع، ذكر خواهر زاده أن المحارم من جهة الرضاع لا يكون لهم الدخول من غير حشمة واستئذان ولهذا يقطعون بسرقة بعضهم من بعض، انتهى كلامه. واقتفى أثره العيني في ذكر هذا السؤال والجواب بعينهما. أقول: ليس الجواب بتام، أما قوله قلت لا يقطع عند البعض فلأن عدم القطع عند البعض هو إحدى الروايتين عن أبي يوسف كما مرّ في كتاب السرقة لا يدفع السؤال على قول أبي حنيفة ومحمد، وعلى قول أبي يوسف أيضا في رواية أخرى عنه فإن كون المحرم بسبب الرضاع في حكم المحرم بالنسب متفق عليه، وإذا كانت العلة في ذلك وجود المعنيين المذكورين كما قاله المصنف يتوجه السؤال المذكور على قول الأكثر وهو القول المختار وظاهر الرواية كما تقرر في كتاب السرقة، ولا يدفعه عدم القطع عند البعض كما لا يخفى. وأما قوله وأما جواز الدخول من غير استئذان فممنوع، وتأييد ذلك بما ذكره شيخ الإسلام خواهر زاده فلأنه إن لم يكن للمحارم من جهة الرضاع الدخول من غير حشمة واستئذان لم يصح قول المصنف لوجود المعنيين فيه، فإن وجود أحد ذينك المعنيين فيه يتوقف على أن يكون له الدخول من غير حشمة واستئذان كما تحققته، ومبنى السؤال المذكور على صحة قوله كما يفصح عنه الفاء في قول السائل فعلى هذا ينبغي أن لا يقطع إذا سرق المرء من بيت أمه من الرضاع، فالأولى في الاستدلال على كون المحرم بسبب في حكم المحرم بنسب أن يصار إلى الدليل النقلي كما فعله صاحب البدائع حيث قال: وأما النوع الرابع وهو ذوات المحرم بلا رحم فحكمهن حكم ذوات الرحم المحرم. والأصل فيه قوله ﷺ «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»[(١)] وروي «أن أفلح استأذن أن يدخل على عائشة رضي الله عنها، فسألت رسول الله ﷺ عن ذلك فقال عليه الصلاة والسلام: ليلج عليك فإنه عمك أرضعتك امرأة أخيه»[(٢)] انتهى. وقال في المبسوط بعد ما ذكر حكم ذوات المحارم بالنسب والمحرمة بالرضاع وكذلك المحرمة بالمصاهرة لأن الله تعالى سوّى بينهما ﴿فجعله نسبا وصهرا﴾ الفرقان (٥٤) قوله: **(وقوله عليه الصلاة والسلام «ألا لا يخلونّ رجل بامرأة ليس منها بسبيل فإن ثالثهما الشيطان»**[(٣)] **والمراد إذا لم يكن محرما)** أقول: لقائل أن يقول: كون المراد إذا لم يكن محرما ليس بأجلي من أصل المسألة لجواز أن يكون المراد إذا لم يكن زوجاً، فبهذا الاحتمال كيف يثبت المدعى، ولئن سلم كون المراد ذلك فجواز أن يخلو بامرأة ذات محرم منه لا يستفاد من هذا الحديث إلا بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا قوله: **(والخصيّ في النظر إلى الأجنبية كالفحل لقول عائشة رضي الله عنها: الخصاء مثلة فلا يبيح ما كان حراما قبله)** قال الشارح العيني: ها هنا إيردان على المصنف الأول أن هذا لم يثبت عن عائشة رضي الله عنها، وإنما أخرجه ابن أبي شيبة

ضرب علاوتها وهي رأسها بالدرّة. وقوله: **(خلافاً لما يقوله محمد بن مقاتل رحمه الله أنه يباح إلا إلى ما دون السرّة إلى الركبة)** وجهه ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: ومن أراد أن يشتري جارية فلينظر إليها إلا في موضع المئزر. وتعامل أهل الحرمين ووجه العامة ما ذكره في الكتاب. وقوله: **(وأما الخلوة بها والمسافرة معها)** يعني إذا أمن بذلك على نفسه وعليها فقد اختلف المشايخ رحمهم الله فيه: فمنهم من قال: يحلّ واعتبرها بالمحارم وإليه مال شمس الأئمة رحمه الله وقيل لا يحل لعدم الضرورة وإليه مال الحاكم الشهيد رحمه الله **(وفي الإركاب والإنزال اعتبر محمد رحمه الله الضرورة فيهن)**

---

(١) صحيح. تقدم مستوفياً في محرّمات النكاح وفي الرضاع. رواه الشيخان وغيرهما.
(٢) أخرجه البخاري وغيره وتقدم في الرضاع.
(٣) تقدم تخريجه في متن الهداية في الأعلى. وأنه بهذا اللفظ غريب والصواب ما ذكرته.

المحارم، وقد قيل لا يباح لعدم الضرورة فيهن، وفي الإركاب والإنزال اعتبر محمد في الأصل الضرورة فيهن وفي ذوات المحارم مجرد الحاجة. قال: **(ولا بأس بأن يمس ذلك إذا أراد الشراء وإن خاف أن يشتهي)** كذا ذكره في المختصر، وأطلق أيضاً في الجامع الصغير ولم يفصل. قال مشايخنا رحمهم الله: يباح النظر في هذه الحالة وإن اشتهى للضرورة، ولا يباح المس إذا اشتهى أو كان أكبر رأيه ذلك لأنه نوع استمتاع، وفي غير حالة الشراء يباح النظر والمس بشرط عدم الشهوة. قال: **(وإذا حاضت الأمة لم تعرض في إزار واحد)** ومعناه بلغت، وهذا موافق لما بينا أن الظهر والبطن منها عورة. وعن محمد أنها إذا كانت تشتهي ويجامع مثلها فهي كالبالغة لا تعرض في إزار واحد لوجود الاشتهاء. قال: **(والخصي في النظر إلى الأجنبية كالفحل)** لقول عائشة رضي الله عنها: الخصاء مثلة

في مصنفه عن ابن عباس قال: حدثنا أسباط بن محمد بن فضل عن مطرف عن رجل عن ابن عباس قال: خصاء البهائم مثلة، ثم تلا ﴿ولآمرنهم فليغيرن خلق الله﴾[1] النساء (١١٩) وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه عن مجاهد وعن شهر بن حوشب الخصاء مثلة ذكره في كتاب الحج. الثاني أن هذا لا يدر على مدعاكم، فإن كون الخصاء مثلة لا يدل على أن نظر الخصي إلى الأجنبية كالفحل، إلى ها هنا كلامه. أقول: كل من إيراديه ساقط[2]. أما الأول فلأن حاصله عدم ثبوت هذا القول عن عائشة رضي الله عنها عنده بطريق الإسناد، وهو لا يقتضي عدم ثبوته عند المجتهدين بطريق الإسناد أو بطريق الإرسال، وقد روي ذلك عن عائشة رضي الله عنها في عامة كتب أصحابنا بطريق الإرسال، وتقرر في علم الأصول أن مرسل الصحابي مقبول بالإجماع، ومرسل القرن الثاني والثالث وإن لم يقبل عند الشافعي بدون أن يثبت اتصاله من طريق آخر كمراسيل سعيد بن المسيب إلا أنه يقبل عندنا وعند مالك على الإطلاق. حتى قالوا إنه فوق المسند، ومرسل من دون هؤلاء يقبل عند بعض أصحابنا ويردّ عند البعض، فهذا القول المرسل إلى عائشة رضي الله عنها إن كان من مراسيل القرن الثاني أو الثالث فلا شك في كونه مقبولاً عندنا، وإن كان من مراسيل من دون القرن الثالث فهو أيضاً مقبول على القول المختار من أصحابنا. وأما الثاني فلأن قوله فلا يبيح ما كان حراما قبله من كلام عائشة كما يدل عليه تقريرات الثقات في عامة المعتبرات، فدلالة أثر عائشة رضي الله عنها على المدعي أظهر من أن يخفى. ثم أقول: ولكن بقي ها هنا شيء وهو أنه قد ذكر في أصول الفقه

يعني التي لا مدفع لها **(وفي المحارم مجرد الحاجة)** أي نفس الحاجة لا الضرورة. وقوله: **(ولا بأس بأن يمس ذلك)** أي المواضع التي يجوز النظر إليها **(إذا أراد الشراء وإن خاف أن يشتهي كذا في المختصر وأطلق في الجامع)** لفظ الجامع الصغير فقال: رجل أراد أن يشتري جارية لا بأس بأن يمس ساقها وذراعيها وصدرها وينظر إلى صدرها وساقها مكشوفين، والباقي واضح. وقوله: **(وكذا المخنث في الرديء من الأفعال)** يعني من يمكن غيره من نفسه، احترازاً عن المخنث الذي في أعضائه

---

(١) لا أصل له عن عائشة. قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٢٥٠: غريب عن عائشة. وقد رواه ابن أبي شيبة في أواخر كتاب الفضائل بسنده عن ابن عباس موقوفاً. وأسنده عبد الرزاق عن شهر بن حوشب قوله وعن مجاهد. وقال الزيلعي: واستدل المصنف. أي صاحب الهداية. على أن نظر الخصي إلى الأجنبية كالفحل وليس بدليل ناجح. اهـ.
وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ٢٣٠: لم أجده عن عائشة. اهـ.
قلت: والراوي عن ابن عباس لم يسمّ فهو واهٍ لجهالته.
تنبيه: وقع في الأصل للمصنف: أسباط بن محمد بن فضل عن مطرف عن رجل عن ابن عباس.
والصواب: أسباط بن محمد وابن فضل عن مطرف. إلخ.

(٢) قلت: لا. بل ما قاله البدر العيني سبقه الزيلعي إليه كما تقدم في هذا الخبر. وهو ليس من قبل المرسل حيث لم يقل أبو حنيفة أو محمد أو أبو يوسف بلغنا عن عائشة، أو نحو ذلك، وإنما وجد في بعض كتب الفقه وتداوله الفقهاء. والأصل ذكر إسناد له ولو كان مرسلاً. لا سيما وقد قال ابن حجر: لم أجده. وأما من جهة المعنى فلا استدلال فيه كما قال البدر العيني والإمام الحافظ الزيلعي رحمهما الله. لكن هذا لا يعنى أنهما قصدا جواز نظر الخصي إلى الأجنبية وإنما أرادا بيان عدم صحة الخبر الموقوف وعدم صحة الاستدلال به وأما النظر فهو غير جائز بعموم آيات وأحاديث أخرى والله تعالى أعلم. وسيذكر المصنف وكذا صاحب الهداية آيات في هذا الشأن فالعمدة في ذلك عليها والله ولي التوفيق.

فلا يبيح ما كان حراماً قبله ولأنه فحل يجامع. وكذا المجبوب لأنه يسحق وينزل، وكذا المخنث في الرديء من الأفعال لأنه فحل فاسق. والحاصل أنه يؤخذ فيه بمحكم كتاب الله المنزل فيه. والطفل الصغير مستثنى بالنص. قال: **(ولا يجوز للمملوك أن ينظر من سيدته إلا إلى ما يجوز للأجنبي النظر إليه منها. وقال مالك: هو كالمحرم. وهو أحد قول الشافعي لقوله تعالى ﴿أو ما ملكت أيمانهن﴾** ولأن الحاجة متحققة لدخوله عليها من غير استئذان. ولنا أنه فحل غير محرم ولا زوج، والشهوة متحققة لجواز النكاح في الجملة والحاجة قاصرة لأنه يعمل خارج البيت. والمراد بالنص الإماء، قال سعيد والحسن وغيرهما: لا تغرّنكم سورة النور فإنها في الإناث دون الذكور.

أن قول الصحابي فيما لم يعلم اتفاق سائر الصحابة عليه ولا اختلافهم فيه إنما يوجب التقليد فيما لا يدرك بالقياس لأنه لا وجه له إلا السماع أوالكذب، والثاني منتف فتعين الأول لا فيما يدرك بالقياس لأن القول بالرأي منهم مشهور والمجتهد يخطىء ويصيب، والظاهر أن ما نحن فيه مما يدرك بالقياس، ولهذا استدلوا عليه بالدليل العقلي الذي مرجعه القياس على ما تقرّر في علم الأصول حيث قالوا: ولأنه فحل يجامع، ولم يعلم اتفاق سائر الصحابة على قول عائشة المذكور هنا فيلزم أن لا يوجب التقليد فيكف يتم الاستدلال به قوله: **(وكذا المجبوب لأنه يسحق وينزل)** قال بعض المتأخرين: ويسحق بفتح الياء وينزل بضمها: أي يفعل الإنزال، ولا حاجة إلى تقدير المفعول كما فعله العيني حيث قال المني بعد قوله وينزل انتهى. أقول: الصواب ما فعله العيني، لأنه لو كان معنى ينزل هنا يفعل الإنزال كان هذا الفعل المتعدى منزلاً منزلة اللازم للقصد إلى نفس الفعل كما في نحو قولك فلان يعطي: أي يفعل الإعطاء، ويوجد هذه الحقيقة على ما ذكر في المفتاح وغيره وليس ذلك المعنى بصحيح هنا، إذ لا يثبت المطلوب بمجرد كون المجبوب فاعل حقيقة الإنزال، فإن هذا يتحقق بإنزاله البول ونحوه وليس ذلك بعلة لحرمة النظر إلى الأجنبية لا محالة، وإنما العلة لها شهوة المني فلا بد من تعيين مفعول ينزل هنا بالمني حتى يتم المطلوب قوله: **(والحاصل أنه يؤخذ فيه بمحكم كتاب الله تعالى المنزل فيه)** أي يؤخذ في كل واحد منها، كذا في شرح تاج الشريعة. وقال بعض الفضلاء: أي في المخنث الذي في أعضائه لين وتكسر بأصل الخلقة ولا يشتهي النساء على سبيل الاستخدام انتهى. أقول: الحق ما قاله تاج الشريعة. أما أولا لأنه يصح أن يؤخذ في كل واحد من الأصناف الثلاثة المارة: أعني الخصي والمجبوب والمخنث بمحكم كتاب الله تعالى بلا ريب وهو قوله تعالى: ﴿قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم﴾ النور (٣٠) وكذا قوله تعالى: ﴿ولا يبدين زينتهن إلا لبعولتهن﴾ النور (٣١) الآية، فما معنى تخصيص ذلك بالثالث وحده مع إمكان حمله على الثلاثة جميعا، ومقصود المصنف من كلامه هذا بيان دليل آخر أقوى مما ذكر في حيزها تلخيصا لذلك التفصيل، وهذا إنما يتصور هنا إذا كان كلام المصنف هذا ناظرا إلى مجموع الصور الثلاث المارة لا إلى الصورة الثالثة وحدها. سيما لو أريد بالضمير المجرور في قوله يؤخذ فيه المخنث

لين وتكسر بأصل الخلقة ولا يشتهي النساء فإنه رخص بعض مشايخنا رحمهم الله في ترك مثله مع النساء استدلالاً بقوله تعالى: ﴿أو التابعين غير أولي الإربة من الرجال﴾ قيل هو المخنث الذي لا يشتهي النساء، وقيل هو المجبوب الذي جفّ ماؤه، وقيل المراد به الأبله الذي لا يدري ما يصنع بالنساء إنما همه بطنه وفيه كلام فإنه إذا كان شاباً ينحى عن النساء، وإنما ذلك إذا كان شيخاً كبيراً ماتت شهوته. والأصح أن نقول قوله تعالى: ﴿أو التابعين من المتشابهات﴾ وقوله تعالى: ﴿قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم﴾ محكم نأخذ به، وإليه أشار المصنف رحمه الله بقوله فالحاصل أنه يؤخذ فيه بحكم كتاب الله تعالى المنزل فيه **(والطفل الصغير مستثنى بالنص)** وهو قوله تعالى: ﴿أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء﴾ أي لم

قال المصنف: **(والحاصل أنه يؤخذ فيه)** أقول: أي في المخنث الذي في أعضائه لين وتكسر بأصل الخلقة، ولا يشتهي النساء على سبيل الاستخدام قال المصنف: **(بمحكم كتاب الله تعالى)** أقول: إطلاق المحكم لعله على التشبيه قوله: **(أي لم يطلعوا)** أقول: فقوله لم يظهروا من الظهور بمعنى الاطلاع.

قال: **(ويعزل عن أمته بغير إذنها ولا يعزل عن زوجته إلا بإذنها)** لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن العزل عن الحرة

بالمعنى الغير المذكور فيما مرّ على سبيل الاستخدام كما زعمه ذلك العبض فإنه لا يكون حينئذٍ للكلمة الحاص مساس بما قبلها كما لا يخفى على ذي فطنة.

قوله: **(والمراد بالنص الإماء. قال سعيد والحسن وغيرهما لا تغرّنكم سورة النور فإنها في الإناث دون الذكور)**[1] قال صاحب النهاية أطلق اسم سعيد ولم يقيده النسبة ليصح تناوله للسعيدين على ما روينا من رواية المبسوط انتهى وتبعه جماعة من الشراح في هذا التوجيه. وردّه صاحب الغاية حيث قال: أراد به سعيد بن المسيب لما ذكرنا عن الكشاف. وقال بعضهم في شرحه: إنما أطلق السعيد ليتناول السعيدَين سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير، وفيه نظر، لأنه يلزم حينئذٍ أن يكون للمشترك عموم في موضع الإثبات وهو فاسد انتهى. أقول: نظره ساقط، إذ الظاهر أن مراد هؤلاء الشراح بالتناول في قولهم ليتناول السعيدين هو التناول على سبيل البدل لا التناول على سبيل الشمول والعموم، ولا شك أن المشترك يتناول معانيه على سبيل البدل، ولقد صرحوا به حتى قال المحقق التفتازاني في التلويح: والمشترك مستغرق لمعانيه على سبيل البدل، والذي لا يجوز عندنا دون الشافعي إنما هو عموم المشترك لمعاينه على سبيل الشمول في إطلاق واحد كما تقرّر في علم الأصول، وهو غير لازم من عبارة هؤلاء الشراح. وقال الشارح العيني بعد نقل كلام هؤلاء الشراح: ونظر صاحب الغاية فيه. قلت: نظره وارد ولكن تعليله غير مستقيم، أما وروده فلأنه لم يستعمل أحد من السلف لفظ سعيد من غير نسبة، وأراد به سعيد بن المسيب أو سعيد بن جبير. وأما أن تعليله غير مستقيم فلأنه ادّعى فيه لزوم عموم المشترك، ولا نسلم ثبوت الاشتراك ها هنا لأن الاشتراك ما وضع لمعان انتهى. أقول: كلا دخليه ليس بشيء. أما الأول فلأنه لا شك أن العلم هو لفظ سعيد لا مجموع سعيد بن المسيب أو سعيد بن جبير، فعدم استعمال السلف لفظ سعيد من غير نسبة في سعيد بن المسيب أو سعيد بن جبير على تقدير صحته ليس لعدم صحة إطلاق لفظ سعيد وحده على أحد منهما، وإلا لما كان علماً لكل واحد منهما بل لقصدهم زيادة إظهار المراد وتعيينه، وإذا كان مقصود المصنف تناول لفظ سعيد ها هنا للسعيدين كما ذهب إليه هؤلاء الشراح لزمه ترك النسبة وصح الإطلاق. وأما الثاني فلأن لفظ سعيد علم مشترك، والأعلام المشتركة مما تقرر أمره في علم النحو فكيف يمنع ثبوت الاشتراك ها هنا. وقوله لأن الاشتراك ما وضع لمعان لا يجدي شيئاً، لأنه إن أراد بالمعاني ما يستفاد من اللفظ فهو متحقق في العلم المشترك أيضاً بلا ريب، وإن أراد بها الصور العقلية المقابلة للأعيان الخارجية فليست تلك بمعتبرة في معنى المشترك، فإن المشترك ما وضع لمتعدد بوضع متعدد: أي شيء كان ذلك المتعدد الموضوع له، والأمر في العلم المشترك كذلك فإنه لا يتناول

يطلعوا: أي لا يعرفون العورة ولا يميزون بينها وبين غيرها. وقوله: **(ولا يجوز للمملوك)** واضح. وقوله: **(والمراد بالنص الإماء)** يريد بالنص قوله تعالى ﴿أو ما ملكت أيمانهن﴾ وهو جواب عن استدلال مالك والشافعي رحمهما الله به **(قال سعيد)** أي سعيد بن المسيب أو سعيد بن جبير. قال في النهاية: أطلق اسم سعيد **(ولم يقيده بالنسبة ليتناول السعيدين والحسن وغيرهما)** سمرة بن جندب **(لا تغرنكم سورة النور فإنها في الإناث دون الذكور)** ولأن الذكور مخاطبون بقوله تعالى: ﴿قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم﴾ فلو دخلوا في قوله تعالى: ﴿أو ما ملكت أيمانهن﴾ لزم التعارض. وعورض بأن نظر الإماء

قوله: **(ليتناول السعيدين)** أقول: فيلزم الجمع بين معنيي المشترك قوله: **(والحسن وغيرهما الخ)** أقول: عطف على سعيد في قال سعيد قوله: **(فلو دخلوا في قوله تعالى ﴿أو ما ملكت أيمانهن﴾ لزم التعارض)** أقول: فيه بحث، كيف ولو صح ما ذكره لزم التعارض بين قوله: ﴿قل للمؤمنين﴾ ﴿إلا ليعولهن﴾ الآية تأمل، فالجواب بأنه مستثنى الجواب.

---

(١) أثر ابن المسيب. أخرجه ابن أبي شيبة كما في الدر المنثور للسيوطي ٥/ ٤٣ والدراية ٢/ ٢٣٠ وذكرا عن الحسن نحوه. ولم يذكر أحد أنه ورد عن سعيد بن جبير.

إلا بإذنها[١]، وقال لمولى أمة: اعزل عنها إن شئت[٢]، ولأن الوطء حق الحرة قضاء للشهوة وتحصيلاً للولد ولهذا تخير في الجبّ والعنة، ولا حق للأمة في الوطء فلهذا لا ينقص حق الحرة بغير إذنها ويستبد به المولى ولو كان تحته أمة غيره فقد ذكرناه في النكاح.

مسمياته بوضع واحد بل لكل واحد منهما وضع مستقل كما عرف في موضعه. ثم إن صاحب العناية علل كون المراد بالنص الإماء بوجه آخر حيث قال: ولأن الذكور مخاطبون بقوله تعالى: ﴿قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم﴾ النور (٣١) فلو دخلوا في قوله عزّ وجل ﴿أو ما ملكت إيمانهن﴾ النور (٣١) لزم التعارض انتهى. أقول: ليس ذاك بصحيح. أما أولاً فلأنه ينتقض بخطاب الإناث أيضاً بقوله تعالى: ﴿وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن﴾ النور (٣١) فإن مقتضى ما ذكره أن لا تدخل الإماء أيضاً في قوله عز وجل ﴿أو ما ملكت أيمانهن﴾ النور (٣١) بناء على لزوم التعارض بينه وبين قوله تعالى: ﴿وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن﴾ النور (٣١) مع أن دخول الإماء فيه مجمع عليه، وأما ثانياً فلأن اللازم من كون الذكور من المماليك مخاطبين بقوله تعالى: ﴿قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم﴾ النور (٣١) دخولهم في جانب الغاضين من أبصارهم لا في جانب من يجب غضّ البصر عنه وهو الذي منع النظر إليه، فإن كلمة من في قوله تعالى: ﴿من أبصارهم﴾ للتبعيض كما صرح به المفسرون. فكأن المعنى يغضوا بعضاً من أبصارهم وهو غير معين فكانت تلك الآية مجملة في حق من منع النظر إليه، فلو دخل الذكور من المماليك في قوله تعالى: ﴿أو ما ملكت إيمانهن﴾ لم يلزم التعارض بين الآيتين أصلاً، وإنما يلزم أن تكون إحدى الآيتين مبينة لما في الآية الأخرى من الإجمال. وهو معنى صحيح حسن مقرّر على كل حال، فإن قوله تعالى: ﴿أو ما ملكت إيمانهن﴾ على تقدير أن لا يدخل فيه ذكور المماليك كما هو مذهبنا، وكذا نظائره من قوله تعالى: ﴿إلا لبعولتهن أو آباء بعولتهن﴾ النور (٣١) إلى آخر الآية كلها مبنية للإجمال الواقع في الآية الأخرى كما لا يخفى على من دقق النظر وحقق قوله: (ولو كان تحته أمة غيره فقد ذكرناه في النكاح) يعني قوله وإذا تزوّج أمة فالإذن في العزل إلى المولى عند أبي حنيفة رحمه الله، وعن أبي يوسف ومحمد أن الإذن إليها. قال في البدائع، وجه قولهما أن لها حقاً في قضاء الشهوة والعزل يوجب النقص فيه، ولا يجوز البخس بحق الإنسان من غير رضاه. ووجه قول

إلى سيدتهن استفيد من قوله تعالى ﴿أو نسائهن﴾ فلو حملت هذه الآية على الإماء لزم التكرار، وبأن الإماء لو لم تكن مرادة من قوله تعالى: ﴿أو نسائهن﴾ وجب أن لا تكون مراده من قوله تعالى: ﴿أو ما ملكت أيمانهن﴾ أيضاً، لأن البيان إنما يحتاج إليه في موضع الإشكال، ولا يشكل على أحد أن للأمة أن تنظر إلى سيدتها كالأجنبيات. والملك إن لم يزد توسعة فلا أقل أن يزيد تضييقاً، وأجيب عن الأول بأن المراد بالنساء الحرائر المسلمات اللاتي في صحبتهن، لأنه ليس لمؤمنة أن تتجرّد بين يدي مشركة أو كتابية، كذا عن ابن عباس رضي الله عنهما، والظاهر أنه أريد بنسائهن من يصحبهن من الحرائر مسلمة كانت

---

(١) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ١٩٢٨ وأحمد ١/ ٣١ والبيهقي ٧/ ٢٣١ كلهم عن محرر بن أبي هريرة عن أبيه عن عمر مرفوعاً.
وقال البوصيري في الزوائد: إسناده ضعيف لضعف ابن لهيعة
وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ٢٣٠ وفي تلخيص الحبير ٣/ ١٨٩: قال الدراقطني في علله: وهم فيه ابن لهيعة ـ والصواب الزهري عن حمزة بن عبد الله بن عمر عن عمر. ليس فيه ابن عمر اهـ.
فالحديث المرفوع واهٍ. لكن ورد عن ابن عباس، وابن مسعود، وابن عمر موقوفاً عليهم، وكذا عن عمر فهذا يستأنس به في هذا المقام أنظر تلخيص الحبير ٣/ ١٨٨.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١٤٣٩ من عدة طرق وأحمد ٣/ ٣١٢. ٣٨٦ كلاهما من حديث جابر قال: أتى رجل إلى رسول الله ﷺ فقال: إن لي جارية وأنا أكره أن تحمل فقال: أعزل عنها إن شئت، فإنه سيأتيها ما قُدّر لها، فلبث الرجل، ثم أتاه فقال: إن الجارية قد حبلت فقال: قد أخبرتك أنه سيأتيها ما قُدّر لها.
هذا لفظ مسلم.

. . . .

أبي حنيفة أن الكراهية في الحرة لمكان خوف موت الولد الذي لها فيه حق. والحق ها هنا في الولد للمولى دون الأمة. وقولهما فيه نقصان قضاء الشهوة. قلنا: نعم لكن حقها في أصل قضاء الشهوة لا في وصف الكمال؛ ألا يرى أن من الرجال من لا ماء له وهو يجامع امرأته من غير إنزال ولا يكون لها حق الخصومة، فدل هذا على أن حقها في أصل قضاء الشهوة لا في وصف الكمال انتهى. وأورد عليه بعض المتأخرين حيث قال: أقول: إنما لم يكن لها حق الخصومة لعدم صنع الزوج فيه. بخلاف العزل فإنه بصنعه ولهذا يحتاج إلى رضاها، في العزل لا فيه انتهى. أقول: ليس هذا بشيء لأن عدم صنع الزوج فيه لا يقتضي أن لا يكون لها حق الخصومة، إذ لا شك أن حقها لا يسقط بمجرد عدم صنع الزوج فيما يبطل حقها؛ ألا يرى أن للزوجة حق الخصومة في الجبّ والعنة بلا خلاف وإن لم يكونا بصنع الزوج، فتعين أن الوجه في أن لا يكون لها حق الخصومة فيمن لا ماء له وهو يجامعها من غير إنزال كون حقها في أصل قضاء الشهوة لا في وصف الكمال، فكذا في العزل تدبر.

أو غيرها، والنساء كلهن في حلّ نظر بعضهن إلى بعض سواء، والمراد من قوله تعالى: ﴿أو ما ملكت أيمانهن﴾ الإماء. وعن الثاني بأن حال الأمة يقرب من حال الرجال حتي تسافر من غير محرم، فكان يشكل أنه يباح لها التكشف بين يدي أمتها، ولم يزل هذا الإشكال بقوله أو نسائهن لأن مطلق هذا اللفظ يتناول الحرائر دون الإماء، والباقي واضح والله أعلم.

فصل في الاستبراء وغيره

قال: **(ومن اشترى جارية فإنه لا يقربها ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر إلى فرجها بشهوة حتى يستبرئها)** والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام في سبايا أوطاس «ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن، ولا الحبالى حتى

فصل في الاستبراء وغيره

قال الشراح: أخر الاستبراء لأنه احتراز عن وطء مقيد، والمقيد بعد المطلق. وقال بعض الفضلاء: فإن قلت: أين الاحتراز عن الوطء المطلق فيما سبق؟ قلت: فهم ذلك بطريق الدلالة أو الإشارة، فإنه يتضمن اللمس، فالنهي عن المس نهي عنه فلهذا عنونه بالوطء فتأمل انتهى. أقول: لا السؤال بشيء ولا الجواب. أما الأول فلأنهم ما قالوا: لأن الاحتراز عن الوطء المقيد بعد الاحتراز عن الوطء المطلق حتى يتوجه السؤال بأين الاحتراز عن الوطء المطلق فيما سبق، بل مرادهم أن الوطء المقيد نفسه بعد الوطء المطلق نفسه، فأخر ما يتعلق بالوطء المقيد وهو الاستبراء عما يتعلق بالوطء المطلق، وكيف يتوهم أن يكون مرادهم أن الاحتراز عن الوطء المقيد بعد الاحتراز عن الوطء المطلق، وانتفاء المقيد لا يستلزم انتفاء المطلق كما لا يخفى فأنى يتصوّر أن يكون الاحتراز عن الوطء المقيد بعد الاحتراز عن الوطء المطلق. وأما تحقق المقيد فيستلزم تحقق المطلق في ضمنه فيصح أن يقال: الوطء المقيد بعد الوطء المطلق بناء على أن المركب بعد المفرد كما صرح به في النهاية ومعراج الدراية. وأما الثاني فلأن مبناه على أن يكون المراد أن الاحتراز عن المقيد بعد الاحتراز عن المطلق وقد عرفت ما فيه، وأيضاً لا معنى لقوله فلهذا عنونه بالوطء، لأن النهي عن المس إذا كان نهياً عن الوطء كان العنوان بالمس عنواناً بالوطء أيضاً، فكان ينبغي أن لا يعنون الفصل السابق بالوطء استقلالاً، كما لم يذكر فيه النهي عن الوطء استقلالاً. ثم أقول: الظاهر أن مرادهم بالوطء المطلق المذكور فيما تقدم ما في مسألة العزل المذكورة قبيل فصل الاستبراء، فإن العزل أن يطأ الرجل فإذا قرب الإنزال أخرج فينزل خارج الفرج، وأن مرادهم بالوطء المقيد ها هنا ما قيد بزمان، فإن الوطء في الاستبراء مقيد بالزمان كما ستعرفه وفي العزل مطلق عنه، وأن المراد بالوطء المذكور في عنوان الفصل السابق أيضاً ما في ضمن تلك المسألة كما نبهت عليه في صدر ذلك الفصل قوله: **(ومن اشترى جارية فإنه لا يقربها ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر إلى فرجها بشهوة حتى يستبرئها)** أقول: في إطلاق هذه المسألة نظر، فإن من اشترى جارية كانت تحت نكاحه أو كانت تحت نكاح غيره ولكن طلقها زوجها بعد أن اشتراها وقبضها أو كانت معتدة الغير فانقضت عدتها بعد أن اشتراها وقبضها لم يلزمه الاستبراء في شيء من هذه الصور كما صرحوا به، وسيظهر مما ذكروا في

فصل في الاستبراء وغيره

أخر الاستبراء لأنه احتراز عن وطء مقيد والمقيد بعد المطلق؛ يقال استبرأ الجارية أي طلب براءة رحمها من الحمل. وأوطاس موضع على ثلاث مراحل من مكة، كانت به وقعة للنبي ﷺ. الاستبراء واجب، وله سبب وعلة وحكمة. أما وجوبه فبحديث سبايا أوطاس «ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن، ولا الحيالى حتى يستبر أن بحيضة». ووجه الاستدلال به أنه ﷺ نهي عن الاستمتاع أبلغ نهي مع وجود الملك المطلق له واليد الممكنة منه وذلك لا يكون إلا للوجوب. وأما سببه فهو

فصل في الاستبراء وغيره

قوله: **(لأنه احتراز عن وطء مقيد، والمقيد بعد المطلق)** أقول: فإن قلت: أين الاحتراز عن الوطء المطلق فيما سبق؟ قلت: فهم ذلك بطريق الدلالة أو الإشارة فإنه يتضمن اللمس، فالنهي عن المس نهى عنه فلهذا عنونه بالوطء فتأمل. ثم قوله وطء مقيد: أي مقيد بزمان قال المصنف: **(والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام في سبايا أوطاس «ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن، ولا الحيالي الخ)** أقول: جمع الحائل وهي التي لا حبل لها. وقيل: إنما قال الحيالى لتزاوج الحبالى. والقياس أن يقال: الحوائل لأنها جمع حائل، ونظيره الغدايا والعشايا، كذا في شرح الكاكي، والقياس الغدوات قوله: **(مع وجود الملك المطلق)** أقول: تأمل في مدخلية هذا القيد في

يستبرأن بحيضة»[1] أفاد وجوب الاستبراء على المولى، ودلّ على السبب في المسبية وهو استحداث الملك واليد لأنه هو الموجود في مورد النص، وهذا لأن الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والأنساب عن الاشتباه، وذلك عند حقيقة الشغل أو توهم الشغل بماء محترم وهو أن يكون الولد ثابت

حيلة الاستبراء مع أن كلا من هاتيك الصورة داخلة في إطلاق هذه المسألة كما ترى. فكان المناسب تقييدها بما يخرج تلك الصور قوله: (لأنه هو الموجود في مورد النص) قال بعض الفضلاء: في الحصر كلام. فإن السبي من جملة ما وجد في مورد النص وهو يصلح للسببية، فإن الظاهر أن المملك في صورة البيع والهبة والخلع والكتابة يستبرىء صيانة لمائه ثم يباشر السبب فلا حاجة إلى استبراء الملك حينئذٍ انتهى. أقول: كلامه ساقط، إذ لا شك أن مراد المصنف حصر ما يصلح للسببية في مورد النص في استحداث الملك واليد، فالمعنى لأنه أي استحداث الملك واليد هو الموجود الصلاح للسببية في مورد النص وقول ذلك القائل وهو يصلح للسببية ممنوع. فإن ما ذكروه من الحكمة فيه والعلة الحقيقية إنما تقتضي أن يكون السبب فيه هو استحداث الملك واليد من غير مدخل فيه للسبي كما لا يخفى على من تأمل في تقرير المصنف في بيان الحكمة فيه وبيان علته الحقيقية وما يكون دليلاً عليها، على أن تاج الشريعة قد تكفل ببيان عدم مدخلية السبي في السببية بأوضح وجه حيث قال لا يقال الموجب كونها مسبية لأن كونها مسبية إضافة والإضافات لا مدخل لها في العلة لأنه لو اعتبر ذلك أنسدّ باب القياس وأنه مفتوح بالنصوص؛ فلم يبق ها هنا إلا كونها مملوكة رقبة ويداً وهو المؤثر كما ذكر في الكتاب انتهى. ثم إن قول ذلك القائل فإن الظاهر أن المملك في صورة البيع والهبة والخلع والكتابة يستبرىء صيانة لمائه ثم يباشر السبب فلا حاجة إلى استبراء المملك حينئذٍ ممنوع أيضاً، فإنّ علة الاستبراء هي إرادة الوطء والمشتري هو الذي يريده دون البائع ولهذا يجب الاستبراء على المشتري لا على البائع كما سيأتي في الكتاب، فمن أين كان استبراء المملك قبل

استحداث الملك واليد لأنه هو الموجود في مورد النص، وأما علته فهي إرادة الوطء. فإنه لا يحل إلا في محل فارغ فيوجب معرفة فراغه. وأما حكمته فهو التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والأنساب عن الاشتباه، وذلك عند حقيقة الشغل أو توهمه بماء محترم بأن لا يكون من بغيّ، وإنما قيد بذلك وإن كان الحكم في غير المحترم كذلك فإن الجارية الحامل من الزنا لا يحل وطؤها حملاً للحال على الصلاح، أما الحكمة لا فلا تصلح لإضافة الحكم إليها لتأخرها

إفادة النهي الوارد على أبلغ وجوب الانتهاء فإنها ليست بظاهرة، إلا أن يقال: لو لم يوجد ذلك لكان النهي لتأكيد الوجوب المعلوم سابقاً قوله: (وذلك لا يكون إلا للوجوب) أقول: أي لوجوب الانتهاء قوله: (لأنه هو الموجود في مورد النص) أقول: في الحصر كلام، فإن السبي من جملة ما وجد في مورد النص وهو يصلح للسببية، فإن الظاهر أن المملك في صورة البيع والهبة والخلع والكتابة يستبرىء صيانة لمائه ثم يباشر السبب فلا حاجة إلى استبراء الملك حينئذٍ، نعم يلحق به الإرث والوصية فتأمل قال المصنف: (وهو أن يكون الولد الخ) أقول: أي الاستبراء لأن يكون الولد الخ، وحذف الجار مع أن وأن قياس قال المصنف: (لأن العلة الحقيقية إرادة الوطء) أقول لعل المراد هو التمكن الشرعي قوله: (وإنما قيد بذلك، إلى قوله: على الصلاح) أقول: قوله حملاً تعليل لقوله وإنما قيد، وقوله فإن الجارية تعليل لقوله كذلك قوله: (ولتأخرها عنه) أقول: ولبطء منها.

---

(١) صحيح. أخرجه أبو داود ٢١٥٧ والدارمي ٢/ ١٧١ والحاكم ٢/ ١٩٥ والبيهقي ٥/ ٣٢٩ كلهم من حديث أبي سعيد: أن رسول الله ﷺ قال في سبايا أوطاس: لا توطأ حامل حتى تضع، ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة. صححه الحاكم وأقره الذهبي. مع أن فيه شريكاً وهو سيء الحفظ لكنه صدوق وله شواهد. فقد أخرجه الطيالسي ١٦٧٩ من حديث جابر مختصراً وأخرجه أبو داود ٢١٥٨ و ٢١٥٩ والدارمي ٢/ ٢٣٠ وابن أبي شيبة ١٢/ ٢٢٢ . ٢٢٣ و ١٤/ ٤٦٥ وابن سعد ٢/ ١١٤ . ١١٥ وابن حبان ٤٨٥٠ بنحوه وأحمد ٤/ ١٠٨ . ١٠٩ والطحاوي ٣/ ٢٥١ والبيهقي ٩/ ٦٢ من طرق كلهم من حديث رُوَيفع بن ثابت الأنصاري وإسناده حسن رجاله ثقات.

وكذا أخرجه الترمذي ١١٣١ من طريق آخر من حديث رُوَيْفع مختصراً.

وفي الباب من حديث ابن عباس أخرجه الحاكم ٢/ ١٣٧ وصححه، ووافقه الذهبي، وهو كما قالا.

وله طرق أخرىٰ أنظر نصب الراية ٤/ ٢٥٢ . ٢٥٣ ساقتها كلها بألفاظ متقاربة والمعنى واحد فهو صحيح.

النسب، ويجب على المشتري لا على البائع لأن العلة الحقيقية إرادة الوطء، والمشتري هو الذي يريده دون البائع فيجب عليه، غير أن الإرادة أمر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطء والتمكن إنما يثبت بالملك

مباشرته السبب ظاهراً. ولئن سلم كونه ظاهراً بالنظر إلى ما هو اللائق بحال المسلم من صيانة مائه، فذلك لا ينافي وجوب الاستبراء على المملك، بناء على توهم شغل الرحم بماء محترم فإن مجرد توهمه كاف في وجوبه كما سيظهر من البيان الآتي في الكتاب قوله: (**وهذا لأن الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والأنساب عن الاشتباه**) أورد عليه صاحب الإصلاح والإيضاح حيث قال يرد عليه أنهم ينكرون انعلاق الولد الواحد من ماءين لعدم إمكان الاختلاط بينهما على ما مر في باب التدبير والاستيلاد فكيف بنوا ها هنا حكمة الاستبراء على جوازه انتهى؟ أقول: ليس هذا بشيء إذا ليس المراد بالاختلاط المذكور في قولهم للمياه المحترمة عن الاختلاط الاختلاط الحقيقي بل المراد به هو الاختلاط الحكمي وهو أن لا يتبين أن الولد من أيّ ماء انعلق يرشد إليه قول المصنف والأنساب عن الاشتباه ويفصح عنه قول صاحب الكافي في تعليل الاختلاط إذ لو وطئها قبل أن يتعرف براءة رحمها فجاءت بولد يدري أنه منه أو من غيره انتهى. والذي ينكرونه إنما هو اختلاط الماءين اختلاطاً حقيقياً، فلا تدافع بين الكلامين في المقامين قوله: (**وذلك عند حقيقة الشغل أو توهم الشغل بماء محترم وهو أن يكون الولد ثابت النسب**) لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن في مرجع ضمير هو في قوله وهو أن يكون الولد ثابت النسب نوع اشتباه، وعن هذا قد افترقت آراء الناظرين فيه فقال صاحب الغاية: قوله وهو أن يكون الولد ثابت النسب: أي المراد من توهم الشغل بماء محترم، وهو أن يكون الولد بحيث يمكن إثبات نسبه من غيره انتهى. أقول: فيه خلل، فإن تفسيره المذكور يشعر بإرجاعه ضمير هو إلى توهم الشغل بماء محترم، وليس بسديد لأن الأمر في حقيقة الشغل بماء محترم أيضاً كذلك فلا وجه للتخصيص بتوهم الشغل، على أنه لم يذكر ما يصحح حمل قوله أن يكون الولد ثابت النسب بالمواطأة على ضمير هو الراجع إلى توهم الشغل على مقتضى تقريره، ولا يتم المعنى بدون ذلك، إذ لا شك أن توهم الشغل بماء محترم ليس نفس أن يكون الولد ثابت النسب حتى يصح حمله عليه بالمواطأة تأمل. وقال بعض الفضلاء: قوله وهو أن يكون الولد ثابت النسب: أي الاستبراء لأن يكون الولد ثابت النسب وحذف الجار مع أنّ وأن قياس انتهى. أقول: فيه أيضاً خلل، فإن الاستبراء مع كونه بعيداً من حيث اللفظ والمعنى عن أن يكون مرجعاً لضمير هو ها هنا ليس لأن يكون الولد ثابت النسب بل لإرادة الوطء نظراً إلى علته ولتعرف براءة الرحم نظراً إلى حكمته كما يدل عليه عبارة الكتاب فيما قبل وما بعد، كيف ولو لم يدّع المشتري نسب الولد الذي جاءت به المشتراة بعد أن استبرأها لم يثبت نسب ذلك الولد منه لكون فراش الأمة ضعيفاً على ما عرف في محله، فما معنى القول بأن الاستبراء لأن يكون الولد ثابت النسب فتأمل وأقول: في حل المقام: إن ضمير هو ها هنا راجع إلى ماء محترم مذكور قبيله. فالمعنى، وهو أي الماء المحترم بأن يكون الولد ثابت النسب على حذف الجار من كلمة إن كما هو القياس على ما عرف في علم النحو، وكون الولد ثابت النسب إنما يتحقق بأن تكون الأمة من قبل في ملك الغير نكاحاً أو يميناً فتدبر. قال تاج الشريعة؛ وإنما قيده بماء محترم وإن كان الحكم

عنه، وأما العلة ها هنا فكذلك، لأن الإرادة أمر مبطن لا يطلع عليه، لأن بعض من يستحدث الملك قد لا يريد ذلك فيدار الحكم على دليل الإرادة وهو التمكن من الوطء، فإن صحيح المزاج إذا تمكن منه أراده والتمكن إنما يثبت بالملك واليد فانتصب سبباً وأدير الحكم عليه وجوداً وعدماً تيسيرا، هذا في المسبية، ثم تعدّى الحكم إلى سائر أسباب الملك كالشراء والهبة والوصية والميراث والخلع بأن جعلت الأمة بدل الخلع والكتابة بأن جعلت الأمة بدلاً فيها. فإن قيل: الموجب ورد في المسبية على خلاف القياس لتحقق المطلق كما ذكرتم فهلا يقتصر عليها؟ فالجواب أن غيرها في معناها حكمة وعلة وسبباً فألحق بها دلالة. وإذا ظهر هذا قلنا: وجب على المشتري من مال الصبيّ، بأن باع أبوه أو وصيه، وإن كان لا يتحقق الشغل

واليد فانتصب سبباً وأدير الحكم عليه تيسيراً، فكان السبب استحداث ملك الرقبة المؤكد باليد وتعدي الحكم إلى سائر أسباب الملك كالشراء والهبة والوصية والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك، وكذا يجب على المشتري من

في غير المحترم كذلك، فإن الجارية إذا كانت حاملاً من الزنا لا يحل وطؤها لأنه أخرج الكلام مخرج أوضاع الشرع لأن وضع الشرع أن لا يكون إلا في الحلال انتهى كلامه. واقتفى أثره صاحب العناية في خلاصة هذا التوجيه حيث قال في بيان ماء محترم: بأن لا يكون من بغيّ، وقال: وإنما قيد بذلك وإن كان الحكم في غير المحترم كذلك فإن الجارية الحامل من الزنا لا يحل وطؤها حملاً للحال على الصلاح انتهى. وسلك بعض المتأخرين في توجيه التقييد بماء محترم مسلكاً آخر، وقصد ردّ التوجيه الأول حيث قال: ولا يكون من بغيّ لما سبق في كتاب النكاح أن نكاح المزنية ووطأها جائز بلا استبراء، فإذا جاز وطؤها بلا استبراء مع تحقق الزنا فجوازه مع احتماله أولى، ولا يرد عليه النقض بالجارية الحامل من الزنا، فإن لا يحل وطؤها لأن ذلك شغل محقق، ولا يلزم من عدم حل وطئها لذلك عدم حله لشغل محتمل، على أن عدم جواز وطئها ليس لاحترام الماء بل لئلا يسقي ماؤه زرع غيره كما مر في كتاب النكاح، إلى هنا كلامه أقول: فيه خلل من وجوه: الأول أن قوله لما سبق في كتاب النكاح أن نكاح المزنية ووطأها جائز بلا استبراء ليس بتعليل صحيح للمدعي ها هنا، لأن جواز نكاح المزنية وجواز وطئها للزوج بلا استبراء لا يدل على جواز وطء الجارية المزنية للمتملك بلا استبراء كيف والذي سبق في كتاب النكاح هو أنه إذا رأى امرأة تزني فتزوّجها حل له أن يطأها قبل الاستبراء عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: لا أحبّ له أن يطأها ما لم يستبرئها، لأنه احتمل الشغل بماء الغير فوجب التنزّه كما في الشراء. ولهما أن الحكم بجواز النكاح أمارة الفراغ فلا يؤمر بالاستبراء، بخلاف الشراء لأنه يجوز مع الشغل، فقد تلخص منه أنه لا خلاف في وجوب الاستبراء في الشراء مطلقاً، وإنما الخلاف في الاستبراء في نكاح المزنية، والكلام ها هنا في الشراء ونحوه من التملكات فلا يتم التقريب أصلاً. والثاني أن قوله فإذا جاز وطؤها بلا استبراء صح مع تحقق الزنا فجوازه مع احتماله أولى ليس بمستقيم، لأن مجرد احتمال الزنا أو كان مجوزاً للوطء بلا استبراء لارتفع وجوب الاستبراء في باب تملك الجارية بالكلية، إذ احتمال الزنا غير منتف في كل جارية مملوكة وإن كان مراده أنه إذا جاز وطؤها بلا استبراء في صورة النكاح مع تحقق الزنا فجوازه مع احتماله أولى في تلك الصورة لا يتم التقريب كما لا يخفى والثالث أن قوله في دفع النقض بالجارية الحامل من الزنا لأن ذلك لشغل محقق، ولا يلزم من عدم حل وطئها لذلك عدم حله لشغل محتمل، إنما يتم أن لو كان الاحترام في قول المصنف بماء يحترم قيداً لتوهم الشغل فقط لا لمجموع حقيقة الشغل وتوهم الشغل معاً. والظاهر من كلام المصنف أن يكون قيداً للمجموع. وقد

شرعاً فيحتاج إلى التعرف عن البراءة ومن المرأة والمملوك المأذون له في التجارة، وممن لا يحل له وطؤها لكونها أخته رضاعاً أو ورثها وهي موطوءة أبيه، وكذا إذا كانت بكراً لتحقق السبب وهو استحداث الملك واليد، ولا يجتزأ بالحيضة التي اشتراها في أثنائها. وقال أبو يوسف رحمه الله: يجتزأ بها لحصول المقصود وهو تعرف البراءة، ولا بالتي حصلت بعد الاستحداث بسبب من الأسباب قبل القبض، ولا بالولادة الحاصلة بعدها: أي بعد أسباب الملك قبل القبض لتحقق ذلك قبل تمام السبب، لأن السبب استحداث الملك واليد وهي إنما تكون بالقبض، ولا معتبر بالحكم قبل السبب وما بعده واضح. وقوله: **(لما قلنا)** إشارة إلى قوله لأن السبب استحداث الملك واليد والحكم لا يسبق السبب **(ولا يجب الاستبراء على الآبقة)** يعني التي أبقت في دار الإسلام ثم رجعت إلى مولاها، فإن أبقت إلى دار الحرب ثم عادت إليه بوجه من الوجوه فكذلك عند

قال المصنف: **(وأدير الحكم عليه)** أقول: وجوداً وعدماً كما في هذه الصحيفة قوله: **(فإن صحيح المزاج إذا تمكن منه الخ)** أقول فيه بحث، فإن غير صحيح المزاج ممنوع أيضاً عن الوطء ودواعيه، ولعل الأولى أن يقول: فإن الظاهر أن التمكن منه يريده، والتمكن إنما يثبت الخ، والمراد من التمكن هو التمكن الشرعي قوله: **(وقال أبو يوسف: يجتزأ بها)** أقول: الأولى تأخيره عن قوله ولا بالولادة.

مال الصبيّ ومن المرأة والمملوك وممن لا يحل له وطؤها. وكذا إذا كانت المشتراة بكراً لم توطأ لتحقق السبب وإدارة الأحكام على الأسباب دون الحكم لبطونها فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل. وكذا لا يجتزأ بالحيضة التي اشتراها في أثنائها ولا بالحيضة التي حاضتها بعد الشراء أو غيره من أسباب الملك قبل القبض، ولا بالولادة الحاصلة بعدها قبل القبض خلافاً لأبي يوسف رحمه الله. لأن السبب استحداث الملك واليد، والحكم لا يسبق السبب. وكذا لا يجتزأ بالحاصل قبل الإجازة في بيع الفضولي وإن كانت في يد المشتري، ولا بالحاصل بعد القبض في الشراء الفاسد قبل أن يشتريها شراء صحيحاً لما قلنا **(ويجب في جارية للمشتري فيها شقص فاشترى الباقي)** لأن السبب قد تم الآن والحكم يضاف إلى تمام العلة. ويجتزأ بالحيضة التي حاضتها بعد القبض وهي مجوسية أو مكاتبة بأن كاتبها بعد الشراء ثم أسلمت المجوسية أو عجزت المكاتبة لوجودها بعد السبب وهو استحداث الملك واليد إذ هو مقتض للحل والحرمة لمانع كما في حالة الحيض **(ولا يجب الاستبراء إذا رجعت الآبقة أو ردت المغصوبة أو المؤاجرة)** أو فكت المرهونة لانعدام السبب وهو استحداث الملك واليد وهو سبب متعين فأدير الحكم عليه وجوداً وعدماً، ولها نظائر كثيرة كتبناها في كفاية المنتهى. وإذا ثبت وجوب الاستبراء وحرمة الوطء حرم الدواعي لإفضائها إليه، أو لاحتمال وقوعها في غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع. بخلاف الحائض حيث لا تحرم الدواعي فيها لأنه لا يحتمل الوقوع في غير الملك، ولأنه زمان نفرة فالإطلاق في الدواعي لا يفضي إلى الوطء

أفصح عنه ذلك البعض من قبل حيث قال في شرح قول المصنف وهو أن يكون الولد ثابت النسب: وهو أي احترام الماء سواء اشتغل به الرحم حقيقة أو توهماً أن يكون الولد الحاصل منه ثابت النسب انتهى. فإذا كان قيداً للمجموع يرد النقض بالجارية الحامل من الزنا فإن رحمها مشتغل حقيقة بماء غير محترم مع وجوب الاستبراء فيها أيضاً والرابع أن قوله على أن عدم جواز وطئها ليس لاحترام الماء بل لئلا يسقي ماؤه زرع غيره كما مر في كتاب النكاح مما لا حاصل له ها هنا، فإن مدار النقض المذكور على عدم احترام الماء في الحامل من الزنا حيث وجب الاستبراء في الجارية الحامل من الزنا أيضاً مع عدم احترام الماء فيها فانتقض بها التقييد بماء محترم عكساً، والقول بأن عدم جواز وطئها ليس لاحترام الماء فيها لا يدفع فالنقض بل يؤيده كما لا يخفى قوله: **(غير أن الإرادة أمر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطء)** قال صاحب العناية في بيان هذا: فإن صحيح المزاج إذا تمكن منه أراده. وردّ عليه بعض الفضلاء حيث قال: فيه بحث، فإنه غير صحيح المزاج ممنوع أيضاً عن الوطء ودواعيه. وقال: ولعل الأولى أن يقول: فإن الظاهر أن المتمكن منه يريده، والتمكن إنما يثبت الخ، والمراد من التمكن هو التمكن الشرعي انتهى. أقول: كل من إيراده وما اختاره ليس بتام، أما الأول فلأن كون غير صحيح المزاج ممنوعاً أيضاً عن الوطء ودواعيه ممنوع، فإن غير صحيح المزاج عاجز عن الوطء، والمنع عن الشيء إنما يكون عند القدرة عليه؛ ألا يرى أنه لا معنى لأن يقال الأعمى ممنوع عن النظر إلى المحرمات. وعن هذا قال تاج الشريعة في بيان أن الاستبراء يجب على المشتري لا على البائع لأن الشارع نهى عن الوطء، والنهي إنما يستقيم عند تمكن الوطء والتمكن للمشتري لأنه هو المتملك لا على البائع لأنه معرض انتهى. وأما الثاني فلأنه كيف يكون المراد من التمكن ها هنا هو التمكن الشرعي، والظاهر أن التمكن الشرعي مما هو محرم شرعاً غير متصوّر والوطء قبل الاستبراء محرم

أبي حنيفة رحمه الله لأنهم لم يملكوها فلم يحدث الملك، وعندهما يجب عليه الاستبراء لأنهم ملكوها. وقوله: **(حرم الدواعي لإفضائها إليه)** أي إلى الوطء كما إذا ظاهر من امرأته فإنه حرم وطأها وحرم دواعيه لإفضائها إليه. وقوله: **(ولم يذكر الدواعي في المسبية)** يعني في ظاهر الرواية. وعن محمد رحمه الله أنها لا تحرم. واستشكل ذلك حيث تعدّى الحكم من

قوله: (إشارة، إلى قوله: لأن السبب استحداث الملك الخ) أقول: فإن قيل: المشتري شراء فاسداً يملك بالقبض على ما مر فالسبب موجود فيه، قلنا: المطلق ينصرف إلى الكامل، فالمراد استحداث الملك الصحيح.

والرغبة في المشتراة قبل الدخول أصدق الرغبات فتفضي إليه ولم يذكر الدواعي في المسبية. وعن محمد أنها لا تحرم لأنها لا يحتمل وقوعها في غير الملك لأنه لو ظهر بها حبل لا تصح دعوة الحربيّ، بخلاف المشتراة على ما

قطعاً، ولا شك أن علة الاستبراء متقدمة عليه فلا بد أن يكون دليلها أيضاً متقدماً عليه، والمفروض أنه هو التمكن من الوطء، فلو كان المراد من ذلك التمكن هو التمكن الشرعي دون التمكن الطبيعي لزم أن يتمكن من المحرم الشرعي تمكناً شرعياً وهو ظاهر المحذور تأمل قوله: (**وكذا يجب على المشتري من مال الصبي ومن المرأة والمملوك وممن لا يحل له وطؤها، وكذا إذا كانت المشتراة بكراً لم توطأ لتحقق السبب وإدارة الأحكام على الأسباب دون الحكم لخفائها**) وعن هذا قالوا: إن الحكمة لا تراعى في الجنس لا في كل فرد. واعترض عليه صدر الشريعة في شرح الوقاية. وأجاب حيث قال: يرد عليه أن الحكمة لا تراعى في كل فرد ولكن تراعى في الأنواع المضبوطة، فإذا كانت الأمة بكراً أو مشتراة ممن لا يثبت نسب ولدها منه ينبغي أن لا يجب الاستبراء، لأن عدم الشغل بالماء المحترم متيقن في هذه الأنواع. والجواب أنه إنما يثبت بالنص لقوله عليه الصلاة والسلام في سبايا أوطاس «ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن، ولا الحبالى حتى يستبرأن بحيضه»:[1] فإن السبايا لا تخلو من أن يكون فيها بكر أو مسبية من امرأة ونحو ذلك، ومع هذا حكم النبيّ ﷺ حكماً عاماً فلا يختص بالحكمة، فإذا ثبت الحكم في السبيّ على العموم ثبت في سائر أسباب الملك كذلك قياساً، فإن العلة معلومة، ثم تأيد ذلك بالإجماع، إلى هنا كلامه. وأجاب صاحب الإصلاح والإيضاح عن الاعتراض المذكور بوجه آخر فقال: إن توهم الشغل ثابت في البكر وفي المشربة ممن لا يثبت نسب ولده ها هنا منه. أما في الأولى فلأن احتمال وصول الماء إلى الرحم قائم بدون زوال العذرة. وأما في الثانية فلما ذكر في الكافي من أن المعتبر التوهم سواء كان من المالك أو من غيره. وردّ الجواب الذي ذكره صدر الشريعة: بأن الاعتراض المذكور ليس على الحكم حتى يندفع ببيان وجه ثبوته عاماً، بل على الحكمة بأنها لا تصلح حكمة لعدم اطرادها بحسب الأنواع المضبوطة انتهى. وقال بعض المتأخرين بعد نقل ذلك الردّ هذا الردّ مردود لأن مبنى الجواب المذكور على أن وجوب رعاية الحكمة في الأنواع ليعم الحكم تلك الأنواع لا لتكون الحكمة حكمة، فحاصله أن الحكم عام لتلك الأنواع ها هنا بالحديث فلا حاجة إلى ثبوت الحكمة فيها اهـ. أقول: ليس هذا بشيء. فإن شرع الصانع الحكيم لا يخلو عن الحكمة والفائدة. فمنها ما لا يتيسر وقوف البشر عليه، ومنها ما يتيسر ذلك. ولما كان ما نحن فيه من قبيل الثاني تعرّض الفقهاء قاطبة لبيان الحكمة فيه فقالوا إنها تعرف براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والأنساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل أو توهم الشغل بماء محترم، وهذا لا ينافي ثبوت عموم الحكم بدليل من والأدلة الشرعية، فإن الدليل الشرعي في كل حكم

الأصل وهي المسبية إلى الفرع وهو غيرها بتغيير حيث حرمت الدواعي في غير المسبية دونها. وأجيب بأن ذلك باعتبار اقتضاء الدليل المذكور في الكتاب، وفيه نظر من وجهين أحدهما أن التعدّي إن كان بالقياس فالجواب المذكور غير دافع لأن عدم التغيير شرط القياس كما عرف في موضعه، وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط، والثاني أن ما دل على حرمة الدواعي في غير المسبية أمران: الإفضاء والوقوع في غير المالك، فإن لم تحرم بالثاني فلتحرم بالأول، إذ الحرمة تؤخذ بالاحتياط. ويمكن أن يجاب عنه بأن التعدية هنا بطريق الدلالة كما تقدم، ولا يبعد أن يكون للاحق دلالة حكم الدليل لم يكن للملحق به لعدمه، والدليل ها هنا أن حرمة الدواعي في هذا الباب مجتهد فيه ولم يقل بها الشافعي وأكثر الفقهاء رحمهم الله فلما كان علتها في المسبية أمراً واحداً لم تعتبر ولما كان في غيرها أمران تعاضداً اعتبرت. وقوله: (**على ما بينا**) إشارة إلى قوله

قوله: (**ولا يبعد أن يكون اللاحق دلالة.حكم الدليل**) أقول: لم لا يجوز مثل ذلك في القياس فإنه يكون بدليل آخر، وليس بتغيير ليستلزم فقدان شرط القياس فليتأمل.

---

(١) هو المتقدم. وهو صحيح بمجموع طرقه

بينا (**والاستبراء في الحامل بوضع الحمل**) لما روينا (**وفي ذوات الأشهر بالشهر**) لأنه أقيم في حقهن مقام الحيض كما في المعتدة. وإذا حاضت في أثنائه بطل الاستبراء بالأيام للقدرة على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل كما في المعتدة. فإن ارتفع حيضها تركها، حتى إذا تبين أنها ليست بحامل وقع عليها وليس فيه تقدير في ظاهر الرواية.

شرعي مما لا بد منه وهو غير الحكمة فيه، ولا يدفع الحاجة إلى ثبوت الحكمة فيه؛ فقوله فحاصله أن الحكم عام لتلك الأنواع ها هنا بالحديث فلا حاجة إلى ثبوت الحكمة فيها خروج عن سنن الصواب جداً، فإن مآله الاعتراف بعدم صلاحية ما عدّه أساطين الفقهاء حكمة في هذه المسألة لأن يكون حكمة فيها. وهذا مما لا يتجاسر عليه المتشرع، ثم أقول: بقي شيء آخر في جواب صدر الشريعة، وهو أن قوله فإذا ثبت الحكم في السبي على العموم ثبت في سائر أسباب الملك كذلك قياساً ليس بتام، فإن النص ورد في المسبية على خلاف القياس لتحقق المطلق للاستمتاع بما وهو الملك كما صرح به في العناية وغيرها، وشرط القياس أن لا يكون حكم الأصل معدولاً عن سنن القياس كما عرف في علم الأصول فأنى يتيسر إثبات الحكم في سائر أسباب الملك بطريق القياس، فالوجه أن يقال دلالة بدل قوله قياساً، فإن الشرط المذكور منتف في الدلالة فيستقيم المعنى تبصر قوله: (**ولم يذكر الدواعي في المسبية، وعن محمد أنها لا تحرم**) قال في العناية: واستشكل ذلك حيث تعدّى الحكم من الأصل وهي المسبية إلى الفرع وهو غيرها بتغيير حيث حرمت الدواعي في غير المسبية دونها. وأجيب بأن ذلك باعتبار اقتضاء الدليل المذكور في الكتاب، وفيه نظر من وجهين: أحدهما: أن التعدّي إن كان بالقياس فالجواب المذكور غير دافع، لأن عدم التغيير شرط القياس كما عرف في موضعه وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط. والثاني أن ما دل على حرمة الدواعي في غير المسبية أمران: الإفضاء، والوقوع في غير الملك، فإن لم تحرم بالثاني فلتحرم بالأول، إذ الحرمة تؤخذ بالاحتياط. ويمكن أن يجاب عنه بأن التعدية ها هنا بطريق الدلالة كما تقدم، ولا يبعد أن يكون للاحق دلالة حكم الدليل لم يكن للملحق به لعدمه، والدليل هنا أن حرمة الدواعي في هذا الباب مجتهد فيه ولم يقل بها الشافعي وأكثر الفقهاء، فلما كان علتها في المسبية أمراً واحداً لم تعتبر، ولما كان في غيرها أمران تعاضدا اعتبرت، إلى هنا لفظ العناية. أقول: في قوله فلما كان علتها في المسبية أمراً واحداً لم تعتبر نظر، فإن العلة إذا كانت علة صحيحة تامة فوحدتها لا تنافي اعتبارها، ولا تضر بالعمل بها وإن كان الحكم مما وقع الاجتهاد في خلافه، كيف ولم ينقل عن أحد أن العلة الواحدة لا تكفي في المسائل الخلافية، بل نرى كثيراً من الخلافيات قد اكتفوا فيها بعلة واحدة، والحرمة مما يؤخذ فيه بالاحتياط فكان الاكتفاء فيها بعلة واحدة أولى. والظاهر أن الإفضاء إلى الحرام علة صحيحة تامة. ولهذا قالوا في تعليل حرمة الدواعي قبل الاستبراء في غير المسبية لإفضائها إلى الوطء الحرام أو لاحتمال وقوعها في ملك الغير، ولا شك أن كلمة أو تدل على استقلال كل واحدة من العلتين، واكتفوا في تعليل حرمة الدواعي في كثير من المسائل بالعلة الأولى كما في الظهار والاعتكاف والإحرام، وفي المنكوحة إذا وطئت

والرغبة في المشتراة أصدق الرغبات، وقوله لما روينا إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام «ولا الحبالى حتى يضعن حملهن» وقوله: (**وإن ارتفع حيضها**) أي امتدّ طهرها في أوان الحيض لا يطؤها حتى إذا تبين أنها ليست بحامل جامعها لأن المقصود تعرف براءة الرحم وقد حصل بمضيّ مدة تدل على أن الحبل لو كان لظهر وليس فيها تقدير في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله إلا أن مشايخنا رحمهم الله قالوا يتبين ذلك بشهرين أو ثلاثة على ما ذكر في الكتاب الخ. قيل والأول أصح، وهو أن يتركها شهرين أو ثلاثة لظهور الحبل في ذلك غالباً. وقوله: (**ثم يشتريها ويقبضها أو يقبضنها**) لفّ ونشر: يعني يشتريها ويقبضها إذا زوّرها البائع أو يقبضها إذا زوّجها المشتري قبل القبض، وقيد بقوله ممن يوثق به لأنه إذا لم

قوله: (**وقوله على ما بينا إشارة، إلى قوله: والرغبة الخ**) أقول: بل إشارة إلى قوله ولاحتمال وقوعها في غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع، فإن بذلك يظهر الفرق بين المسبية والمشتراة، ولا وجه لجعله إشارة إلى ما ذكره كما لا يخفى.

وقيل يتبين بشهرين أو ثلاثة. وعند محمد أربعة أشهر وعشرة أيام. وعنه شهران وخمسة أيام اعتباراً بعدة الحرة والأمة في الوفاة. وعن زفر سنتان وهو رواية عن أبي حنيفة. قال: **(ولا بأس بالاحتيال لإسقاط الاستبراء عند أبي يوسف خلافاً لمحمد)** وقد ذكرنا الوجهين في الشفعة. والمأخوذ قول أبي يوسف فيما إذا علم أن البائع لم يقربها في طهرها ذلك، وقول محمد فيما إذا قربها. والحيلة إذا لم يكن تحت المشتري حرّة أن يتزوّجها قبل الشراء ثم يشتريها. ولو كانت فالحيلة أن يزوجها البائع قبل الشراء أو المشتري قبل القبض ممن يوثق به ثم يشتريها ويقبضها أو يقبضها ثم يطلق الزوج. لأن عند وجود السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض إذا لم يكن فرجها حلالاً له لا يجب الاستبراء. وإن حلّ بعد ذلك لأن المعتبر أوان وجود السبب كما إذا كانت معتدة الغير. قال: **(ولا يقرب المظاهر ولا يلمس ولا يقبل ولا ينظر إلى فرجها بشهوة حتى يكفر)** لأنه لما حرم الوطء إلى أن يكفر حرم الدواعي للإفضاء إليه، لأن الأصل أن سبب الحرام حرام كما في الاعتكاف والإحرام وفي المنكوحة إذا وطئت بشبهة.

بشبهة كما سيجيء في الكتاب. هذا وقد أورد بعض المتأخرين على قول صاحب العناية: ويمكن أن يجاب عنه بأن التعدية هنا بطريق الدلالة كما تقدم، ولا يبعد أن يكون للاحق دلالة حكم الدليل لم يكن للملحق به لعدمه حيث قال بعد نقل ذلك: ولا يخفى أن كون هذا من قبيل الدلالة دون القياس غير مسلم انتهى. أقول: ليس هذا بمستقيم. أما أولاً فلأن المنع وظيفة المجيب. فإن حاصل جوابه منع كون التعدية فيما نحن فيه بطريق القياس حتى يلزم المحذور المذكور في النظر وهو تعدية الحكم من الأصل إلى الفرع بتغيير كما عرف في علم الأصول، والاستناد بأنها يجوز أن تكون بطريق الدلالة ولا استحالة لتغيير في هذا الطريق، فمقابلة منعه بمنع كون هذا من قبيل الدلالة دون القياس خروج عن قواعد آداب المناظرة. وأما ثانياً فلأن منع كون التعدية فيما نحن فيه من قبيل الدلالة دون القياس ساقط جداً، إذ قد تقرر في أصول الفقه أن من شرط القياس أن لا يكون حكم الأصل معدولاً عن القياس. وقد ذكر صاحب العناية فيما مرّ أن حكم الاستبراء ثابت على خلاف القياس لتحقق الملك المطلق للاستمتاع فلا مجال للقياس فيه، وإنما يتيسر الإلحاق بطريق الدلالة، وقد أشار إليه ها هنا بقوله كما تقدم فلا وجه للمنع المذكور بعد ذلك. ثم إن لذلك البعض في هذا المقام كلمات أخرى واهية يطول بذكرها الكلام بلا طائل فصفحنا عن التعرض لها روماً للاختصار قوله: **(بخلاف المشتراة على ما بينا)** قال صاحب العناية. وقوله على ما بينا إشارة إلى قوله والرغبة في المشتراة أصدق الرغبات انتهى وتبعه العيني. أقول: هذا خبط ظاهر، إذ لا فرق بين المسبية والمشتراء في كون الرغبة في كل واحدة منهما أصدق الرغبات، فكيف يصح أن يشير المصنف في بيان الخلاف بينهما إلى ما لا فرق بينهما فيه أصلاً، وإنما الصواب أن قوله على ما بينا إشارة إلى قوله أو لاحتمال وقوعها في غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع إذ هو الفارق بين المسبية والمشتراة كما يدل عليه قطعاً قوله لأنها لا تحتمل وقوعها في ملك الغير لأنه لو ظهر بها حبل لا تصح دعوة الحربي اهـ قوله: **(والاستبراء في الحامل بوضع الحمل لما ريونا)** قال صاحب العناية: وقوله لما روينا إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام «ولا

يوثق به ربما لا يطلقها فكان احتيالاً عليه لا له. والحيلة في تمشية هذه الحيلة أن يزوّجها على أن يكون أمرها بيده يطلقها متى شاء، وقيد بقوله ثم يطلق الزوج: يعني بعد القبض، لأنه إن طلقها قبله كان على المشتري الاستبراء إذا قبضها في أصح الروايتين عن محمد رحمه الله. لأنه إذا طلقها قبل القبض فإذا قبضها والقبض بحكم العقد بمنزلة العقد صار كأنه اشتراها في هذه الحالة وليست في نكاح ولا عدة فيلزمه الاستبراء. وقوله: **(إذا لم يكن فرجها حلالاً له لا يجب الاستبراء)** لأن القبض إذ ذاك ليس بممكن من الوطء والممكن منه جزء العلة؛ ألا ترى أن تزويج المشتري وإن كان قبضاً حكماً لم يعتبر لكونه مزيلاً للتمكن وقوله: **(كما إذا كانت معتدّة الغير)** يعني إذا اشترى أمة معتدة وقبضها وانقضت عدتها بعض القبض لا يجب الاستبراء، لأن عند استحداث الملك المؤكد بالقبض لم يكن فرجها حلالاً للمشتري، فلما لم يجب وقت الاستحداث لم يجب بعده لعدم تجدد السبب. قال: **(ولا يقرب المظاهر ولا يلمس الخ)** هذه المسألة ليست من مسائل الاستبراء، لكنها

بخلاف حالة الحيض والصوم، لأن الحيض يمتد شطر عمرها والصوم يمتد شهراً فرضاً وأكثر العمر نفلاً، ففي المنع عنها بعض الحرج، ولا كذلك ما عددناها لقصور مددها. وقد صح «أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يقبل وهو

الحبالى حتى يضعن حملهن»[١] انتهى. أقول: قد سها الشارح المذكور في لفظ الحديث الذي رواه المصنف فيما مر حيث قال «ولا الحبالى حتى يضعن حملهن» مع أن لفظه «ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن، ولا الحبالى حتى يستبرأن»[٢] ولعمري إن هذا كان أظهر من أن يخفى فكأن السهو وقع من طغيان القلم فالله خير حافظاً قوله: **(والحيلة إذا لم يكن تحت المشتري حرة أن يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها)** قال بعض المتأخرين: أطلق المسألة ولم يقيدها بكون القبض قبل الشراء لا بعده مع وجوب هذا التقييد. قال الإمام قاضيخان في فتاواة في تصوير المسألة: إذا أراد أن يشتري الجارية يتزوّجها المشتري قبل الشراء إذا لم يكن في نكاحه حرة ثم يسلمها إليه المولى ثم يشتري فلا يجب عليه الاستبراء. ثم قال: وإنما شرط تسليم الجارية قبل الشراء كيلا يوجب القبض بحكم الشراء بعد فساد النكاح. يريد أنه يتحقق حينئذٍ سبب وجوب الاستبراء. وهو حدوث الملك المؤكد بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالاً له، بخلاف ما لو سلمها قبل الشراء فإن القبض السابق بحكم التزوّج وإن عرض له كونه قبضاً بحكم الشراء. إلى هنا كلام ذلك البعض أقول: فيه خلل أما أولاً فلأنه جزم بوجوب تقييد هذه المسألة بكون القبض قبل الشراء لا بعده. واستشهد عليه بما ذكره الإمام قاضيخان في فتاواه وليس بتام. فإن ما ذكره الإمام قاضيخان إنما هو قول بعض المتأخرين من المشايخ ومختار نفسه، وأما عامة المشايخ فلم يشترطوا في هذه المسألة كون القبض قبل الشراء. وعن هذا قال في الذخيرة والمحيط البرهاني: وإن لم تكن تحت المشتري حرّة فلإسقاط الاستبراء حيلة أخرى. وهي أن يتزوّجها المشتري قبل الشراء ثم يشتريها ويقبضها فلا يلزمه الاستبراء، لأن النكاح يثبت له عليها الفراش، فإنما اشتراها وهي في فراشه، وقيام الفراش له عليها دليل شرعي على فراغ رحمها من ماء الغير انتهى. والمصنف قد اختار قول هؤلاء فلذلك أطلق المسألة. ولم يقيدها بكون القبض قبل الشراء. وأما ثانياً فلأن قوله يريد أنه يتحقق حينئذٍ سبب وجوب الاستبراء وهو حدوث الملك المؤكد بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالاً له ليس بسديد، لأن حدوث الملك المؤكد بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالاً له لا يوجب الاستبراء بل يقتضي سقوط الاستبراء؛ ألا يرى إلى قول المصنف فيما بعد لأن عند وجوب السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض إذا لم يكن فرجها حلالاً لا يجب الاستبراء وإن حل بعد ذلك. وكان الصواب أن يقول: وهو حدوث الملك المؤكد بالقبض بعد أن لم يكن فرجها حلالاً له بفساد النكاح بملك اليمين تأمل تقف. ثم قال ذلك البعض: ثم إن صاحب الكافي سلك طريقة المصنف ولم يلتفت إلى هذا الشرط، إلا أنه صور المسألة بصورة تأخير التسليم تنصيصاً على

مذكورة في الجامع الصغير استطراداً، فإن الكلام لما انساق في الاستبراء إلى حرمة الدواعي وفي هذه المسألة حرمة الدواعي ذكرها، ويجوز أن يقال: صدّر الفصل بالاستبراء وغيره وهذه من غيره. وقوله: **(لأن الحيض يمتد شطر عمرها)** قال في النهاية: أي يقرب من شطر عمرها وهو عشرة أيام في كل شهر فكان قريباً من خمسة عشر يوماً وهي نصف الشهر، وفيه نظر لأنه يشير إلى أن الشطر هو النصف، ويتقوّى بذلك استدلال الشافعي رحمه الله علينا بالحديث على أن أكثر الحيض خمسة عشر يوماً. وقوله: **(ومن له أمتان أختان فقبّلهما)** هذه على ثلاثة أوجه: أما إن قبلهما أو لم يقبلهما أو قبل إحداهما، فإن لم يقبلهما أصلاً كان له أن يقبل ويطأ أيتهما شاء سواء كان اشتراهما معاً أو على التعاقب، وإن كان قبل إحداهما كان له أن يطأ

قوله: **(ويجوز أن يقال: صدر الفصل بالاستبراء الخ)** أقول: لكنها من مسائل باب الظهار.

---

(١) تقدم في أول الباب وهو صحيح.

(٢) صحيح. تقدم في أول الباب.

صائم ويضاجع نساءه وهن حيض»[1] قال: **(ومن له أمتان أختان فقبلهما بشهوة فإنه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة ولا ينظر إلى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الأخرى غيره بملك أو نكاح أو يعتقها)** وأصل هذا أن الجمع بين الأختين المملوكتين لا يجوز وطأ لإطلاق قوله تعالى **﴿وأن تجمعوا بين الأختين﴾** ولا يعارض بقوله

عدم الاشتراط به، وعلل المسألة بما يدل على سقوط الاستبراء في الصورتين معاً فقال: والحيلة إن لم تكن تحت المشتري حرّة أن يتزوّجها قبل الشراء ثم يشتريها فيقبضها فلا يلزم الاستبراء. لأن بالنكاح ثبت له عليها الفراش. وإنما اشتراها وهي فراشه، وقيام الفراش له عليها دليل شرعي على تبين فراغ رحمها من ماء الغير، ثم الحل له لم يتجدد بملك الرقبة لأنها كانت حلالاً له بالنكاح قبل ذلك انتهى. فإن قلت: لا نسلم عدم تجدد الحل بملك اليمين، فإنها وإن كانت حلالاً له بالنكاح إلا أنه زال ذلك بزواله بالشراء، فزمان الشراء خال عن الحل. أما عن الحل الحاصل بالنكاح فظاهر لأنه زمان زواله. وأما عن الحل الحاصل بملك اليمين فلأنه يستعقبه الشراء، فإن المشتري ما لم يفرغ عن التلفظ بلفظ اشتريت بعد إيجاب البائع لم يحصل له الحل. قلت: هذه مغالطة، لأن وجود العلة يقارن وجود المعلول لا يستعقبه، فزمان التلفظ بالحرف الأخير في اشتريت هو زمان وجود الشراء والحل وزوال النكاح. لا يقال: سلمنا أن نوع الحل مستمرّ ولا يوجد زمان خال عن الحل ولم يحدث نوع الحل، إلا أنه حدث حل هو أثر ملك اليمين، وذلك كاف في وجوب الاستبراء لأنا نمنع ذلك، بل الواجب حصول الحل بملك العين بعد أن لم تكن حلالاً له بسبب من الأسباب، هذا غاية توجيه كلامه لكنه يعد محل نظر. إذ لقائل أن يقول: الشراء سبب الملك وحل الوطء حكمه وحكم الشيء يتعقبه، فزمان وجود الملك خال عن الحل مطلقاً فيجب الاستبراء تقدم التسليم أو لا، فلم يصلح ما ذكره حيلة لإسقاطه أصلاً فتأمل، فإن هذا من المطارح، إلى هنا لفظ ذلك البعض. أقول: ما أورده في خاتمة كلامة ليس بشيء، فإنه إن أراد بقوله وحكم الشيء يتعقبه أنه يتعقبه زماناً البتة فهو ممنوع جداً، وإن أراد به أنه يتعقبه ذاتاً: أي يتوقف عليه فهو مسلم، ولكن لا يلزم منه أن يكون زمان وجود الملك خالياً عن الحل مطلقا. وبالجملة لزوم تأخر حكم الشيء عن الشيء زماناً ممنوع، ولزوم تأخره عنه ذاتاً مسلم ضرورة كون حكم الشيء متفرعاً عليه ولكن لا يلزم منه خلو زمان مّا عن الحلّ مطلقاً فيمن نحن فيه حتى يجب الاستبراء قوله: **(لأن الحيض يمتد شطر عمرها)** قال صاحب النهاية: أي يقرب من شطر عمرها وهو عشرة

المقبلة دون الأخرى، وأما إذا قبلهما بشهوة، وقيد بذلك لأنه إذا لم يكن بشهوة لا يكون معتبراً فالحكم ما ذكره في الكتاب، وهو مذهب عليّ رضي الله عنه عملاً بإطلاق قوله تعالى: ﴿وأن تجمعوا بين الأختين﴾ وكان عثمان رضي الله عنه يقول:

---

(١) هما حديثان. كما قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٢٥٣. الأول. هو ما أخرجه البخاري ١٩٢٨ و ١٩٢٧ ومسلم ١١٠٦ من طرق وأبو داود ٢٣٨٢ و ٢٣٨٣ و ٢٣٨٤ والترمذي ٧٢٧ و ٧٢٩ والدارمي ٢/ ١٢ ومالك ١/ ٢٩٢ والشافعي ١/ ٢٥٦ والحميدي ١٩٨ وعبد الرزاق ٧٤٠٩ وابن الجعد ٢٣٨٧ وابن أبي شيبة ٣/ ٥٩ والطيالسي ١٣٩١ و ١٣٩٩ وأحمد ٦/ ٣٩. ٤٠. ٤٢. ٤٤. ١٠١. ٢١٦. ٢٦٣ وابن الجارود ٣٩١ والطحاوي ٢/ ٩١. ٩٣ والدارقطني ٢/ ١٨٠. ١٨١ وابن حبان ٣٥٣٧ و ٣٥٤٠ والبيهقي ٤/ ٢٣٣ والبغوي ١٧٤٨ من طرق كثيرة كلهم من حديث عائشة قالت: كان رسول الله ﷺ يقبل، ويباشر وهو صائم، وكان أملككم لإربه.

وأخرجه مسلم ١١٠٧. والطيالسي ١٥٨٦ والحميدي ٢٨٧ وأحمد ٦/ ٢٨٦ وابن ماجه ١٦٨٥ وابن حبان ٣٥٤٢ كلهم من حديث حفصة بنحوه.

وأما الحديث الآخر فقد أخرجه البخاري ٣٠٠ ومسلم ٢٩٣ وأبو داود ٢٦٨ والترمذي ١٣٢ والنسائي ١/ ١٨٩ وابن ماجه ٦٣٦ وأبو عوانة ١/ ٣٠٨. ٣٠٩ والدارمي ١/ ٢٤٢ وابن الجارود ١٠٦ وابن حبان ١٣٦٤ وعبد الرزاق ١٢٣٧ والطيالسي ١٣٧٥ وابن أبي شيبة ٤/ ٢٥٤ وأحمد ٦/ ٥٥/ ١٧٤. ١٨٩ كلهم من طريق الأسود عن عائشة قالت: كان رسول الله ﷺ يأمر إحدانا إذا كانت حائضاً أن تتزر، ثم يباشرها،

وكرره البخاري ٣٠٢ ومسلم ٢٩٣ والنسائي ١/ ١٥١. ١٨٩ والدارمي ١/ ٢٤٤ وابن ماجه ٦٣٥ وابن أبي شيبة ٤/ ٢٥٤ وأحمد ٦/ ١٧٤. ١٨٢ من طرق عدة كلهم من حديث عائشة، وكذا الحاكم ١/ ١٧٢ وصححه!

وورد من حديث ميمونة. أخرجه البخاري ٣٠٣ ومسلم ٢٩٤ وأبو داود ٢١٦٧ وأبو عوانة ١/ ٣٠٩. ٣١٠ والدارمي ١/ ٢٤٤ وعبد الرزاق ١٢٣٤ وابن أبي شيبة ٤/ ٢٥٦ والنسائي ١/ ١٥١. ١٥٢. ١٨٩ وابن حبان ١٣٦٥ والبيهقي ١/ ٣١٣ من طرق كلهم من حديث ميمونة.

تعالى ﴿أو ما ملكت أيمانكم﴾ لأن الترجيح للمحرم، وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي لإطلاق النص، ولأن الدواعي إلى الوطء بمنزلة الوطء في التحريم على ما مهدناه من قبل، فإذا قبلهما فكأنه وطئهما. ولو وطئهما فليس له أن يجامع إحداهما ولا أن يأتي بالدواعي فيهما، فكذا إذا قبلهما وكذا إذا مسهما بشهوة أو نظر إلى فرجهما بشهوة

أيام في كل شهر فكان قريباً من خمسة عشر يوماً وهي نصف الشهر انتهى. واقتفى أثره صاحب الكفاية. وقال صاحب معراج الدراية: أي قريب شطر عمرها وهو الثلث، أو المراد البعض انتهى. وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية: وفيه نظر، لأنه يشير إلى أن الشطر هوالنصف، ويتقوّى بذلك استدلال الشافعي علينا بالحديث على أن أكثر الحيض خمسة عشر يوماً انتهى. أقول: نظره ساقط جداً، فإن الحديث الذي استدل به الشافعي علينا هو قوله عليه الصلاة والسلام في نقصان دين المرأة «تقعد إحداهن شطر عمرها لا تصوم ولا تصلي»[1] ووجه استدلاله أن المراد به زمان الحيض، والشطر هو النصف فكان أكثر مدة الحيض خمسة عشرة يوماً. وقال الشراح هناك حتى صاحب العناية نفسه: ليس المراد بالشطر في الحديث حقيقته، لأن في عمرها زمان الصغر ومدة الحبل وزمان الإياس ولا تحيض في شيء من ذلك، فعرفنا أن المراد به ما يقارب الشطر، وإذا قدرنا العشرة بهذه الآثار كان مقارباً للشطر وحصل التوفيق انتهى. فظهر من ذلك أنه إذا كان الشطر هو النصف كما أشار إليه صاحب النهاية هنا ونص عليه الجوهري في صحاحه والمطرّزي في المغرب لا يتقوّى استدلاله الشافعي علينا بالحديث المذكور، بل لا يتمشى استدلاله به علينا أصلاً حيث لم يكن مجال لكون الشطر هناك على حقيقته لعدم مساعدة عمر المرأة لها كما بينوا، بل لا بد وأن يحمل على المجاز بأن يكون المراد به ما يقارب الشطر كما ذكروا قاطبة هناك، وعليه جرى صاحب النهاية هنا أيضاً، فكأن صاحب العناية نسي ما قدمت يداه. ثم إن بعض المتأخرين قال في هذا المقام: وشطر الشيء نصفه وبعضه، والمراد به هنا هو الثاني دون الأول كما ذهب إليه صاحب النهاية، ولهذا أوّله بما يقرب من شطره وقال: فإنه عشرة أيام وهو قريب من خمسة عشر يوماً وهي نصف الشهر فكأنه زعم أن الشطر لا يجيء إلا بمعنى النصف انتهى كلامه. أقول: ليس هذا بسديد، لأن مجيء الشطر بمعنى البعض إنما ذكره صاحب القاموس حيث قال: الشطر نصف الشيء وجزؤه، ومنه حديث الإسراء «فوضع شطرها»[2] أي بعضها انتهى. ولكن ذاك ليس بقطعي في أن يكون الشطر حقيقة في معنى البعض أيضاً، فإن أكثر كتب اللغة غير متكفل بالفرق بين الحقيقة والمجاز. ولئن سلم أنه حقيقة في معنى البعض أيضاً فليس معنى البعض بمناسب للمقام، لأن مجرد تحقق الحيض في بعض عمرها لا يقتضي الحرج في المنع عن الدواعي أيضاً حالة الحيض، وإنما الذي يقتضي الحرج في ذلك تحقق الحيض في نصف عمرها أو في قريب من نصف عمرها لطول مدة الحيض إذ ذاك وهو المفضي إلى الحرج، فلذلك حمل صاحب النهاية الشطر الواقع في عبارة المصنف ها هنا على النصف، وأوّله بالقريب من النصف ليوافق مذهبنا في أكثر مدة الحيض قوله: **(وأصل هذا أن الجمع بين الأختين المملوكتين لا يجوز وطأ لإطلاق قوله تعالى: ﴿وأن تجمعوا بين الأختين﴾** النساء (٢٣) ولا يعارض بقول تعالى: **﴿أو ما ملكت أيمانكم﴾**

أحلتهما آية: يعني قوله تعالى: ﴿أو ما ملكت أيمانهم﴾ وحرمتهما آية: يعني قوله تعالى: ﴿وأن تجمعوا بين الأختين﴾ والأصل في الأبضاع الحل بعد وجود سبب الحل وقد وجد وهو ملك اليمين. قال المصنف رحمه الله: **(ولا يعارض بقوله تعالى ﴿أو ما ملكت أيمانكم﴾ لأن الترجيح للمحرم)** لا يقال: يجوز أن يكون المراد بالجمع بينهما نكاحاً فلا يتناول محل

---

(١) لا أصل له. جاء في تلخيص الحبير ١/ ١٦٢ ما ملخصه: لا أصل له بهذا اللفظ. قال البيهقي في المعرفة: يذكره بعض فقهائنا، وقد طلبته كثيراً فلم أجده، ولم أجد له إسناداً. وقال ابن الجوزي في التحقيق: يذكره أصحابنا ولا أعرفه. وقال النووي في شرح المهذب: باطل لا يعرف. وقال في الخلاصة: باطل لا أصل له.

(٢) هو المتقدم.

لما بينا إلا أن يملك فرج الأخرى غيره بملك أو نكاح أو يعتقها، لأنه لما حرم عليه فرجها لم يبق جامعاً. وقوله بملك أراد به ملك يمين فينتظم التمليك بسائر أسبابه بيعاً أو غيره، وتمليك الشقص فيه كتمليك الكل، لأن الوطء يحرم به. وكذا إعتاق البعض من إحداهما كإعتاق كلها، وكذا الكتابة كالإعتاق في هذا لثبوت حرمة الوطء بذلك كله، وبرهن إحداهما وإجارتها وتدبيرها لا تحل الأخرى، ألا يرى أنها لا تخرج بها عن ملكه. وقوله أو نكاح أراد به النكاح الصحيح. أما إذا زوّج إحداهما نكاحاً فاسداً لا يباح له وطء الأخرى إلا أن يدخل الزوج بها فيه، لأنه يجب العدة عليها والعدة كالنكاح الصحيح في التحريم. ولو وطىء إحداهما حل له وطء الموطوءة دون الأخرى

النساء (٣) لأن الترجيح للمحرم قال تاج الشريعة: فإن قلت: الأصل في الدلائل الجمع وأمكن هنا بأن يجمل قوله: ﴿وأن تجمعوا﴾ على النكاح وقوله: ﴿أو ما ملكت أيمانكم﴾ النساء (٣) على ملك اليمين. قلت: المعنى الذي يحرم الجمع بين الأختين نكاحاً وجد هنا وهو قطيعة الرحم فيثبت الحكم هنا أيضاً. ولأن قوله: ﴿أو ما ملكت أيمانكم﴾ مخصوص إجماعاً، فإن أمه وأخته من الرضاع والأمة المجوسية حرام فلا يعارض ما ليس بمخصوص وهو المحرم للجمع انتهى كلامه. واقتفى أثره صاحب الكفاية والشارح العيني. أقول: في كل من وجهي الجواب نظر، أما في الوجه الأول فلأن حاصله أنه على تقدير أن يحمل قوله ﴿وأن تجمعوا﴾ النساء (٢٣) على النكاح يثبت حكم حرمة الجمع بين الأختين وطأ بملك اليمين أيضاً دلالة لوجود المعنى المحرم فيه أيضاً وهو قطيعة الرحم لكنه ليس بتام، إذ قد تقرّر في أصول الفقه أن عبارة النص وإشارته ترجحان على دلالة النص عند التعارض. والظاهر أن إفادة عموم قوله تعالى: ﴿أو ما ملكت أيمانكم﴾ النساء (٣) حلّ الجمع بين الأختين المملوكتين وطأ بالعبارة، ولا أقل من أن يكون بالإشارة، فيلزم أن يترك بها دلالة الآية الأخرى على حرمة الجمع بينهما وطأ على مقتضى قاعدة الأصول. وأما في الوجه الثاني فلأن حاصله أن قوله تعالى: ﴿أو ما ملكت أيمانكم﴾ من قبيل العام الذي خص منه البعض فصار ظنياً لتمكن الشبهة كما عرف في علم الأصول. فلا يصلح أن يعارض ما هو ليس بمخصوص وهو المحرم للجمع لكونه قطعياً لكنه ليس بتام أيضاً، إذ قد تقرّر في أصول الفقه أن العام الذي خص منه البعض إنما يكون ظنياً إذا كان المخصص موصولاً، وأما إذا كان مفصولاً متأخراً فالخاص إذا ذاك يكون ناسخاً للعام في القدر الذي تناوله الخاص، ويكون العام في الباقي قطعياً للاشبهة. والظاهر أن مخصص الأم والأخت من الرضاع والأمة المجوسية من قوله تعالى: ﴿أو ما ملكت أيمانكم﴾ النساء (٣) ليس بموصول به، فلم يكن ظنياً في الباقي بل كان قطعياً كالمحرم للجمع فلم يظهر الرجحان من ذلك الوجه حتى لا يصلح للمعارضة فتأمل قوله: **(وقوله بملك أراد به ملك يمين فينتظم التمليك بسائر أسبابه بيعاً أو غيره)** قال صاحب العناية: قوله فينتظم التمليك بسائر أسبابه: أي أسباب التمليك كالشراء والوصية والميراث والخلع والكتابة والهبة والصدقة انتهى. أقول: في بعض تمثيلاته خطأ، وهو الوصية والميراث والكتابة. أما في الوصية والميراث فلأن تمليك الغير في الوصية والميراث إنما يثبت بعد موت الموصي والمورث فكيف يدخل ذلك تحت قوله بملك في قوله فإنه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبّلها ولا يمسها بشهوة ولا ينظر إلى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الأخرى غيره بملك أو نكاح، فإن شيئاً من المجامعة والمسّ والنظر لا يتصوّر بعد الممات، على أن نفس التمليك أيضاً على حقيقته غير متصوّر في الإرث. وأما في الكتابة فلأنها ملحقة بالإعتاق كما سيصرح به المصنف بقوله وكذا الكتابة كالإعتاق في هذا فكانت من فروع قوله أو يعتقها غير داخله في قوله حتى يملك فرج الأخرى غيره بملك. إذ المراد بالملك هنا ملك اليمين بدلالة عطف قوله أو نكاح عليه. ولا يتصوّر تمليك الفرج غيره ملك يمين بالكتابة كما لا يخفى على من عرف معنى الكتابة شرعاً

النزاع لأن النكاح سبب مشروع للوطء، فحرمة الجمع بينهما نكاحاً دليل على حرمة الجمع بينهما وطأ فوجب ترجيح المحرم، والباقي واضح. قوله: **(وكذا الكتابة كالإعتاق)** كلمة كذا زائدة وقوله: **(في هذا)** أي في أنه يحل وطء الأخرى،

لأنه يصير جامعاً بوطء الأخرى لا بوطء الموطوءة. وكل امرأتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحاً فيما ذكرناه بمنزلة الأختين. قال: **(ويكره أن يقبل الرجل فم الرجل أو يده أو شيئاً منه أو يعانقه)** وذكر الطحاوي أن هذا قول أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: لا بأس بالتقبيل والمعانقة لما روي «أن النبيّ عليه الصلاة والسلام عانق جعفراً رضي الله عنه حين قدم من الحبشة وقبل بين عينيه»[1] ولهما ما روي «أنّ النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن المكامعة وهي

قوله: **(وكذا الكتابة كالإعتاق في هذا لثبوت حرمة الوطء بذلك كله)** قال صاحب العناية: كلمة كذا في قوله وكذا الكتابة كالإعتاق زائدة. وقال الشارح العيني بعد نقل ذلك: قلت زيادة كذا في كلام العرب غير مشهورة انتهى. أقول: هذا كلام عجيب، إذ لا شك أن مراد صاحب العناية أن كلمة كذا ها هنا زائدة: أي مستدركة لا أنها زائدة كزيادة بعض الحروف لتحسين اللفظ كما توهمه العيني حتى يتوجه إليه قوله زيادة كذا في كلام العرب غير مشهورة. وبالجملة مراد صاحب العناية الدخل لا التوجيه. فما ذكره العيني لغو محض. ثم أقول: يمكن توجيه عبارة المصنف بما يندفع به الاستدراك في كلمة كذا وهو أن مراد المصنف وكذا: أي وككون إعتاق البعض من إحداهما كإعتاق الكل الكتابة كالإعتاق: كإعتاق الكل، فحينئذٍ يصير المقصود من كلمة كذا ها هنا هو التشبيه بما قبله كما كان المقصود من كلمة كذا في قوله وكذا إعتاق البعض من إحداهما كإعتاق كلها هو التشبيه أيضاً بما قبله، فكأنه قال: وأيضاً الكتابة كالإعتاق في هذا، والغرض من التشبيه التشريك في تعليل واحد كما يرشد إليه قوله لثبوت حرمة الوطء بذلك كله فتدبر قوله: **(ويرهن إحداهما وإجارتها وتدبيرها لا تحل الأخرى؛ ألا يرى أنها لا تخرج بها عن ملكه)** أقول: كان الظاهر في التعليل هنا أن يقول: لأنه لا تثبت بها حرمة الوطء، فإن مجرد عدم خروجها عن ملكه لا يقتضي أن لا تحل له الأخرى؛ ألا يرى أنها لا تخرج عن ملكه بالكتابة أيضاً كما تقرر في كتاب المكاتب وصرح به الشراح أيضاً هنا فيما قبل، مع أنه إذا كاتب إحداهما تحل له الأخرى كما مر آنفاً، وحمل الملك في قوله لا تخرج بها عن ملكه على ملك الوطء كما فعله بعض المتأخرين تعسف لا يخفى. إذ المستعمل في اللغة والعرف

واستشكل ذلك لأنها بالكتابة لم تخرج عن ملك المولى حتى يلزمه استبراء جديد بعد العجز ولم يحلّ فرجها لغيره فكان ينبغي أن لا يحل له وطء الأخرى، وأجيب بأن الحلّ يزول بالكتابة ولهذا يلزمه العقد بوطئها، فجعل زوال الحل عنها بالكتابة كزواله بالتزويج فيحل له أن يطأ الأخرى. وقوله: **(ويكره أن يقبّل الرجل فم الرجل الخ)** واضح. وعن عطاء أن ابن عباس رضي الله عنهما سئل عن المعانقة فقال: أوّل من عانق إبراهيم الخليل صلوات الله عليه، كان بمكة فأقبل إليها ذو القرنين، فلما كان بالأبطح قيل له في هذه البلدة إبراهيم خليل الرحمن، فقال ذو القرنين: ما ينبغي لي أن أركب في بلدة فيها إبراهيم

قوله: **(فقال: المكروه من المعانقة ما كان على وجه الشهوة)** أقول: سواء كان في إزار واحد، أو كان عليه جبة أو قميص، فبين ما ذكره الشيخ أبو منصور وما ذكره المصنف فرق ظاهر، ولعل الأولى ما ذكره الشيخ.

---

(١) حسن. أخرجه الحاكم ٣١٩/١ من حديث ابن عمر بأتم منه وقال: صحيح. لا غبار عليه ووافقه الذهبي. وأخرجه في ٣/ ٢١١ من حديث جابر وفيه الأجلح بن عبد الله غير قوي وهو شيعي.
قال الحاكم: ورواه ابن عيينة عن إسماعيل بن أبي خالد وزكريا عن الشعبي مرسلاً
قال الذهبي: الصحيح أنه مرسل.
وأخرجه الطبراني في الصغير ٣٠ من حديث أبي جحيفة وقال: تفرد به الوليد بن عبد الملك بن مسرح.
وقال الهيثمي في المجمع ٩/ ٢٧١ . ٢٧٢: رواه الطبراني في الثلاثة وفي رجال الكبير أنس بن سلم لم أعرفه وبقية رجاله ثقات. ورواه مرسلاً عن الشعبي ورجاله رجال الصحيح.
وأخرجه أبو داود في سننه ٥٢٢٠ وفي المراسيل ٤٤٨ عن الشعبي مرسلاً وله طرق ذكرها الزيلعي من حديث عائشة عند الدارقطني ومن حديث ابن جعفر فالحديث حسن بمجموع طرقه أنظر نصب الراية ٤/ ٢٥٥

المعانقة. وعن المكاعمة وهي التقبيل». وما رواه محمول على ما قبل التحريم. قالوا: الخلاف في المعانقة في إزار واحد. أما إذا كان عليه قميص أو جبة فلا بأس بها بالإجماع وهو الصحيح. قال: (ولا بأس بالمصافحة) لأنه هو

حل الوطء لا ملك الوطء، وإنما يقال ملك اليمين أو ملك النكاح قوله: (ولهما ما روي أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن المكامعة وهي المعانقة. وعن المكاعمة هي التقبيل)[1] قال في غاية البيان: وتفسير المكامعة بالمعانقة فيه نظر، لأنه قال في ديوان الأدب وغيره: كامع امرأته: ضاجعها، وكاعم المرأة: قبّلها. وقال في الفائق: «نهى النبيّ ﷺ عن المكامعة والمكاعمة»[2]. أي عن ملائمة الرجل الرجل ومضاجعته إياه لا ستر بينهما إلى هنا لفظ غاية البيان. وقال العيني بعد نقل ذلك: قلت فيه نظر، لأن المضاجع هو المعانق غالباً، ولا يضاجع أحد غيره إلا والغالب أنه يعانقه اهـ. أقول: ليس هذا بشيء، لأن كون المضاجع هو المعانق غالباً ممنوع، ولو سلم ذلك فلا يلزم منه أن تكون المكامعة هي المعانقة في الغالب. وإنما الذي يلزم منه أن يلازم المكامعة والمعانقة في الغالب، ولا شك أن أحد المتلازمين لا يكون عين الآخر كالأبوّة والبنوّة فكيف يصح تفسير إحداهما بالأخرى. ولو سلم صحة التفسير باللازم بناء على المسامحة لم يفد ها هنا لأن المضاجعة لما وجدت بدون المعانقة وإن كان في غير الغالب كانت المعانقة أخص من المضاجعة. فلم يصح تفسير المكامعة التي هي المضاجعة بالمعانقة بناء على عدم صحة التفسير بالأخص، ونظر صاحب الغاية إنما هو في تفسير المكامعة بالمعانقة لا غير، وقال بعض المتأخرين: وفسّرها المصنف بالمعانقة مع أن المكامعة هي المضاجعة. في ديوان الأدب وغيره: كامع امرأته ضاجعها بناء على أن الكلام في المعانقة. والظاهر أن ما نهي من المضاجعة هو ما كان على سبيل المعانقة. لعدم الخلاف في إباحة المضاجعة لا على ذلك الوجه. على أن المكامعة بحسب اللغة هي المضاجعة المخصوصة لا مطلق المضاجعة، في القاموس: كامعه: ضاجعه في ثوب واحد، إلى هنا كلام ذلك البعض في شرحه. وقال في الحاشية: فيه ردّ على صاحب الغاية. أقول: كل من مقدمات كلامه مجروح. أمات قوله بناء على أن الكلام في المعانقة تعليلاً لتفسير المصنف المكامعة بالمعانقة فظاهر البطلان. لأن كون الكلام في المعانقة كيف يسوغ تفسير المكامعة بغير معناها، وهل يقول العاقل بتغيير معنى لفظ الحديث ليكون مطابقاً لمدعاه. وأما قوله والظاهر أن ما نهي من المضاجعة هو ما كان على سبيل المعانقة فممنوع، إذا لم يقل أحد من الثقات بهذا التخصيص عند بيان

خليل الرحمن، فنزل ومشى إلى إبراهيم فسلم عليه إبراهيم عليه السلام واعتنقه، فكان هو أوّل من عانق، والشيخ أبو منصور رحمه الله وفق بين هذه الأحاديث فقال: المكروه من المعانقة ما كان على وجه الشهوة، وعبر عنه المصنف رحمه الله بقوله في إزار واحد فإنه سبب يفضي إليها، فأما على وجه البرّ والكرامة إذا كان عليه قميص أو جبة فلا بأس به. وعن سفيان رحمه الله: تقبيل يد العالم سنة، وتقبيل يد غيره لا يرخص فيه، ولم يذكر القيام تعظيماً للغير. وروي عن أنس رضي الله عنه «أن

---

(١) حسن لشواهده. رواه ابن أبي شيبة في مصنفه كما في نصب الراية ٤/٢٥٦ ـ ٢٥٧ من حديث أبي ريحانة.
ورواه أبو عبيد الهروي في غريبه ١/١٠٦ بسنده عن عياش بن عباش رفعه.
وحديث المكامعة فقد أخرجه أبو داود ٤٠٤٩ والنسائي في الكبرى ٩٣٦٦ وأحمد ٤/١٣٤ كلهم من حديث أبي ريحانة قال: نهىٰ رسول الله ﷺ عن عشر: عن الوشرِ، والوَشم، والنتف، وعن مكامعة الرجلِ الرجلَ بغير شعار، وعن مكامعة المرأةِ المرأةَ بغير شعار، وأن يجعل الرجل في أسفل ثيابه حريراً مثل الأعاجم، أو يجعل على منكبيه حريراً مثل الأعاجم، وعن النهبى، وركوب النمور، ولبوس الخاتم إلا لذي سلطان.
قال أبو داود: تفرد به من هذا الحديث ذكر الخاتم اهـ قلت: الراوي عن أبي ريحانة هو الهيثم بن شفيّ وهو ثقة كما في التقريب. وعنه عياش بن عباس وهو ثقة من رجال مسلم كما في التقريب. وعنه المفضل بن فضالة القتباني وهو ثقة روى له الشيخان كما في التقريب وبقية رجاله توبعوا فهو إسناد جيد والله أعلم إلا أنه لفظ «وعن الخاتم إلا لذي سلطان» فهو غريب أشار لذلك أبو داود.
(٢) هو المتقدم وإسناده قوي بمجموع طرقه. والمكامعة: المضاجعة فقد جاء في القاموس: الكِمْعُ: بالكسر الضجيع كالكميع اهـ.
وبهذا يجمع بين حديث جعفر بن أبي طالب وهذا الحديث فلا تضادّ بينهما والله أعلم.

المتوارث. وقال عليه الصلاة والسلام «من صافح أخاه المسلم وحرّك يده تناثرت ذنوبه»[١].

المراد بالمكامعة المذكورة في الحديث. بل أطلقوها. قال الزمخشري في الفائق: «نهى النبي ﷺ عن المكاعمة والمكامعة»[٢] أي عن ملاثمة الرجل الرجل ومضاجعته إياه لا سترة بينهما انتهى. وقال الجوهري في الصحاح: وكامعه مثل ضاجعه، والمكامعة التي نهي عنها في الحديث أن يضاجع الرجل الرجل لا سترة بينهما انتهى، وقال المطرزي في المغرب: نهي عن المكاعمة والمكامعة: أي عن ملاثمة الرجل الرجل لا سترة بينهما ومضاجعته إياه في ثوب واحد لا سترة بينهما، هذا هو المراد بهما في الحديث عن أبي عبيد القاسم بن سلام وابن دريد وغيرهما. وهكذا حكاه الأزهري والجوهري انتهى. وأما قوله لعدم الخلاف في إباحة المضاجعة لا على ذاك الوجه فممنوع أيضا. إذ لا شك أن شناعة مضاجعة الرجل الرجل في ثوب واحد لا سترة بينهما ليست بأقل من شناعة مجرد المعانقة ولو في غير داخل الثوب، فكيف يقول بإباحة الأولى من لا يقول بإباحة الثانية سيما عند اطلاق لفظ الحديث بل كونه حقيقة في نفس المضاجعة. وأما قوله على أن المكامعة بحسب اللغة هي المضاجعة المخصوص لا مطلق المضاجعة: واستشهاده عليه بما في القاموس فليس بمفيد أصلاً، لأنها وإن كانت هي المضاجعة المخصوصة إلا أن معناها ليس عين معنى المعانقة ولا مساوياً له في التحقق لانفكاك تحقيق كل منهما عن الآخر في بعض الصور كما عرفته من قبل فكيف يصح تفسير المكامعة بالمعانقة كما هو حاصل نظر صاحب الغاية، فمن أين يحصل الردّ عليه بما ذكره ذلك القائل، ولعمري إن مفاسد قلة التأمل مما يضيف عن الإحاطة به نطاق البيان، والله سبحانه وتعالى المستعان.

النبيّ ﷺ كان يكره القيام» وعن الشيخ الحكيم أبي القاسم رحمه الله أنه كان إذا دخل عليه أحد من الأغنياء يقوم له ويعظمه ولا يقوم للفقراء وطلبة العلم، فقيل له في ذلك فقال: لأن الأغنياء يتوقعون مني التعظيم، فلو تركت تعظيمهم تضرروا، والفقراء وطلبة العلم لا يطمعون مني ذلك، وإنما يطمعون جواب السلام والكلام معهم في العلم ونحوه فلا يتضررون بترك القيام.

---

(١) حسن. أخرجه الطبراني في الأوسط كما في المجمع ٣٦/٨ ـ ٣٧ والديلمي في الفردوس ٧١٤ كلاهما من حديث حذيفة وقال الهيثمي: فيه يعقوب بن محمد بن الطحلاء لم يضعفه أحد وقد روىٰ عنه غير واحد. وبقية رجاله ثقات. وورد من حديث أبي هريرة رواه البزار وقال الهيثمي: فيه مصعب بن ثابت وثقه ابن حبان وضعفه الجمهور
ورواه الطبراني من حديث سلمان وقال الهيثمي: رجاله رجال الصحيح غير سالم بن غيلان وهو ثقة.
وله طرق أخرىٰ في نصب الراية ٢٥٩/٤ والمجمع ٣٧/٨ وهو حسن بمجموع طرقه والله تعالى أعلم.

(٢) تقدم قبل حديث واحد وإسناده حسن بمجموع طرقه.

فصل في البيع

قال: **(ولا بأس ببيع السرقين، ويكره بيع العذرة)** وقال الشافعي: لا يجوز بيع السرقين أيضاً لأنه نجس العين فشابه العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ. ولنا أنه منتفع به لأنه يلقى في الأراضي لاستكثار الريع فكان مالاً والمال محل للبيع، بخلاف العذرة لأنه لا ينتفع بها إلا مخلوطاً، ويجوز بيع المخلوط هو المروى عن محمد وهو الصحيح. وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط في الصحيح. والمخلوط بمنزلة زيت خالطته النجاسة. قال: **(ومن علم بجارية أنها لرجل فرأى آخر بيعها وقال وكلني صاحبها ببيعها فإنه يسعه أنه يبتاعها ويطؤها)** لأنه أخبر بخبر صحيح لا منازع له، وقول الواحد في المعاملات مقبول على أيّ وصف كان لما مرّ من قبل. وكذا إذا قال اشتريتها منه أو وهبها لي أو

فصل في البيع

قال الشراح: أخر فصل البيع عن فصل الأكل والشرب واللمس والوطء لأن أثر تلك الأفعال متصل ببدن الإنسان، وهذا لا، وما كان أكثر اتصالاً كان أحق بالتقديم انتهى. أقول: كان المناسب بسياق كلامهم أن يقولوا: وما كان متصلاً كان أحق بالتقديم، إلا أنهم قالوا: وما كان أكثر اتصالاً كان أحق بالتقديم إفادة في ضمن بيان وجه تأخير هذا الفصل وجه تأخير الفصول السابقة بعضها عن بعض أيضاً، لأن ما هو المتقدم منها أكثر اتصالاً ببدن الإنسان مما هو المتأخر كما يظهر بالتأمل الصادق قوله: **(وهذا إذا كان ثقة)** قال صاحب العناية: فإن قيل: قوله وهذا إذا كان ثقة يناقض قوله على أيّ وصف كان، أجيب بأن معنى قوله ثقة أن يكون ممن يعتمد على كلامه وإن كان فاسقاً لجواز أن لا يكذب الفاسق لمروءته ولوجاهته انتهى، واقتفى أثره العيني. وقد سبقهما إلى مأخذ هذا السؤال والجواب تاج الشريعة وصاحب الكفاية حيث قالا: وتأويل قوله وهذا إذا كان ثقة بعد قوله على أيّ وصف كان: يعني أنه ممن يعتمد على كلامه وإن كان فاسقاً. لأنه يجوز أن يكون فاسق صادق القول لا يكذب لمروءته انتهى. أقول: لا السؤال شيء ولا الجواب. أما الأول فلأن المصنف لم يقتصر على قوله وهذا إذا كان ثقة، بل قال بعده وكذا إذا كان غير ثقة، وأكبر رأيه أنه صادق فلا يناقض ما ذكره ها هنا قوله فيما قبل على أيّ وصف كان. نعم

فصل في البيع

أخر فصل البيع عن فصل الأكل والشرب واللمس والوطء لأن أثر تلك الأفعال متصل ببدن الإنسان وهذا لا، وما كان أكثر اتصالاً كان أحق بالتقديم. قال: **(ولا بأس ببيع السرقين)** كلامه واضح. وقوله: **(في الصحيح)** احتراز عن الرواية الأخرى وهي أن الانتفاع بالعذرة الخالصة يجوز. وقوله: **(على أيّ وصف كان)** يعني حرّاً كان أو عبداً مسلماً أو كافراً رجلاً أو امرأة. وقوله: **(لما مر من قبل)** يعني في فصل الأكل والشرب في قوله ومن أرسل أجيراً له مجوسياً، وهذا لأن خبر الواحد في المعاملات مقبول متغير شرط العدالة دفعاً للحرج. وقوله: **(لما قلنا)** إشارة إلى قوله لأنه أخبر بخبر صحيح لا منازع له. فإن قيل: قوله وهذا إذا كان ثقة يناقض قوله على أيّ وصف كان. أجيب بأن معنى قوله ثقة أن يكون ممن يعتمد على كلامه وإن كان فاسقاً لجواز أن لا يكذب الفاسق لمروءته أو لوجاهته. وقوله: **(لأن أكبر الرأي يقوم مقام اليقين)** يعني فيما هو أعظم من هذا كالفروج والدماء؛ ألا ترى أن من تزوج امرأة فأدخلها عليه إنسان وأخبره أنها امرأته وسعه أن يطأها إذا

فصل في البيع

قوله: **(فإن قيل: قوله وهذا إذا كان ثقة يناقض قوله على أي وصف)** أقول: ممنوع لأن غير العدل لا يلزم أن يدخل تحت قوله على أي وصف كان على ما بينه نفسه، ولو سلم فلم يقل المصنف لا يقبل قول غير الثقة؛ ألا يرى إلى قوله وكذا إذا كان غير ثقة، وقوله لأن عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة، لكن يرد على المصنف أنه إذا كان قبول خبره متوقفاً على حصول أكبر الرأي لا يبقى فرق بينها وبين الديانات، فإن خبر الفاسق يقبل فيها أيضاً بأكبر الرأي على ما مر. وجوابه أن خبر الفاسق إنما يقبل في الديانات بأكبر الرأي إذا حصل بعد التحري، بخلاف ما نحن فيه حيث لا يشترط التحري فتأمل قوله: **(أجيب بأن معنى قوله ثقة)** أقول: فيه بحث.

تصدّق بها عليّ لما قلنا، وهذا إذا كان ثقة. وكذا إذا كان غير ثقة، وأكبر رأيه أنه صادق لأن عدالة المخبر في

قد نبه بقوله وإن كان أكبر رأيه أنه كاذب لم يسعه أن يتعرض لشيء من ذلك على عدم دخول بعض جزئيات غير الثقة في الحكم السابق، ولا ضير فيه لأن المستفاد من قوله على أيّ وصف كان عموم الأوصاف لا عموم الجزئيات، وكلامه ها هنا تفصيل لما أجمله فيما قبل، ولا بعد في أن يفيد التفصيل ما لا يفيده الإجمال. وأما الثاني فلأنه لو كان معنى قول المصنف ثقة في قوله وهذا إذا كان ثقة أن يكون ممن يعتمد على كلامه كما توهمه هؤلاء الشراح دون معنى العدالة كما هو الظاهر لما تم معنى قوله وكذا إذا كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق، إذ يصير حينئذٍ معنى قوله غير ثقة من لا يعتمد على كلامه، وفي شأن من لا يعتمد علىٰ كلامه كيف يتصوّر أن يكون أكبر رأي السامع أنه صادق، ولما تم تعليل ذلك بقوله لأن عدالة المخبر غير لازمة، لأن عدم لزوم عدالة المخبر لا يدل على لزوم الاعتماد على كلامه، إذ المفروض من الجواب المذكور جواز كون الفاسق أيضا ممن يعتمد على كلامه فكان من يعتمد على كلامه أعم من العدل ولا شك أن عدم لزوم الأخص لشيء لا يقتضي عدم لزوم الأعم له. فالصواب أن مراد المصنف بقوله إذا كان ثقة إذا كان عدلاً، وبقوله وكذا إذا كان غير ثقة، وكذا إذا كان غير عدل، ولا تناقض بين ذلك وبين قوله على أيّ وصف كان أصلاً كما تحققته آنفا، ومما يفصح عن كون المراد بالثقة وبغير الثقة ها هنا ما ذكرناه كلام صاحب المحيط حيث قال: هذا إذا كان المخبر عدلاً، وإن كان المخبر غير ثقة أو كان لا يدري أنه ثقة أو غير ثقة يريد به أن المخبر إذا كان فاسقاً أو مستوراً نظر فيه، فإن كان أكبر رأيه أنه صادق إلى آخر كلامه، فإنه ذكر عدلاً موضع ثقة وفسر غير ثقة في قول محمد وإن كان المخبر غير ثقة بالفاسق، ومن لا يدري أنه ثقة أو غير ثقة بالمستور حيث قال: يريد به أن المخبر إذا كان فاسقاً أو مستوراً. ومن تتبع كلمات ثقات المشايخ في باب مسائل قبول خبر الواحد في كتبهم المعتبرة لا يشتبه عليه أن المراد بالثقة هو العدل، وبغير الثقة غير العدل، فإنهم كثيراً ما يذكرون كل واحد من لفظي العدل والثقة موضع الآخر، وكذا الحال في غير الثقة وغير العدل. وقال بعض المتأخرين في حل هذا المقام: قوله وقول الواحد في المعاملات مقبول على أيّ وصف كان: يعني عدلاً كان أو غير عدل، صبياً كان أو بالغاً، حرّاً كان أو عبداً، مسلماً كان أو كافراً، رجلاً كان أو امرأة، لكن بشرط كونه ثقة يعتمد على كلامه وإن كان فاسقا لجواز أن يعتمد على قوله إذا كان وجيهاً في الناس ذا مروءة لأنه لا يميل إلى حطام الدنيا لوجاهته ولا يكذب لمروءته، فلا منافاة بين عدم اشتراط العدالة كما دل عليه قوله على أيّ وصف كان وبين اشتراط كونه ثقة كما صرح به بقوله وهذا إذا كان ثقة، لأن الثاني أعم من الأول، ولو سلم فلا منافاة أيضاً لأن الإشارة بلفظ هذا إلى كونه في سعة من ابتياعها بمجرد قوله وكلني صاحبها ببيعها، لا إلى قبول قول الواحد في المعاملات، فإن قوله يقبل أيضاً إذا لم يكن ثقة كما صرح به بقوله وكذا إذا كان غير ثقة، إلا أن قبوله يكون مع ضميمة التحري الموافق، إلى هنا كلامه. أقول: فيه فساد من وجوه: الأول أن قوله لكن بشرط كونه ثقة يعتمد على كلامه ينافي قول المصنف رحمه الله وكذا إذا كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق فكيف يصح شرح كلامه بما ينافيه صريح عبارته. والثاني أن قوله وبين اشتراط كونه ثقة كما صرح به بقوله وهذا إذا كان ثقة ليس بصحيح، لأن قول المصنف وهذا إذا كان ثقة إنما يكون تصريحاً باشتراط كونه ثقة: أن لو اقتصر الكلام عليه ولم يقل وكذا إذا لم يكن غير ثقة، ولما قال وكذا إذا كان غير ثقة كان كلامه صريحاً في عدم اشتراط كونه ثقة كما لا يخفى. والثالث أن قوله ولو سلم فلا منافاة أيضا كلام فاسد المعنى، لأن معناه لو سلم المنافاة بين عدم اشتراط العدالة وبين اشتراط كونه

كان ثقة عنده أو كان أكبر رأيه أنه صادق، وكذا إذا دخل رجل على غيره ليلاً شاهراً سيفه فلصاحب المنزل أن يقتله إذا كان

المعاملات غير لازمة للحاجة على ما مرّ. وإن كان أكبر رأيه أنه كاذب لم يسع له أن يتعرض لشيء من ذلك، لأن

ثقة فلا منافاة أيضاً، ولا شك أن تسليم المنافاة يناقض القول بعدم المنافاة، فكان مضمون كلامه المزبور جمعاً بين النقيضين، اللهم إلا أن يكون قوله ولو سلم ناظراً إلى قوله لأن الثاني أعم من الأول لا إلى قوله فلا منافاة بين عدم اشتراط العدالة الخ؛ فالمعنى ولو سلم عدم عموم الثاني من الأول فلا منافاة أيضاً. والرابع أن قوله لأن الإشارة بلفظ هذا إلى كونه في سعة من ابتياعها بمجرد قوله وكلني صاحبها لا إلى قبول قول الواحد في المعاملات ظاهر البطلان لأن المصنف وغيره عللوا كونه في سعة من أن يبتاعها ويطأها بكون قول الواحد في المعاملات مقبولا على أيّ وصف كان، فلو كان الأوّل مشروطا بكونه ثقة دون الثاني لما صح تعليل الأول بالثاني ضرورة عدم استلزام تحقق العام تحقق الخاص. والخامس أن قوله فإن قوله يقبل أيضاً إذا لم يكن ثقة كما صرح به بقوله وكذا إذا كان غير ثقة يدل على خلاف مدعاه من كون الإشارة بلفظ هذا إلى كونه في سعة من ابتياعها بمجرد قوله وكلني صاحبها لا إلى قبول قول الواحد في المعاملات، إذ لا شك أن قول المصنف وكذا إذا كان غير ثقة عطف على قوله وهذا إذا كان ثقة، ولا ريب أن محل الحكم في المعطوف والمعطوف عليه واحد وهو ما أشير إليه بلفظ هذا في المعطوف عليه، فإذا كان صريح معنى قوله وكذا إذا كان غير ثقة، وكذا يقبل قول الواحد إذا كان غير ثقة كما اعترف به فلا جرم أن يكون معنى قوله وهذا إذا كان ثقة، وقبول قول الواحد إذا كان ثقة على أن يكون لفظ هذا إشارة إلى قبول قول الواحد وهو خلاف ما ادعاه. والسادس أن اعترافه هنا بكون قول الواحد مقبولاً فيما إذا كان غير ثقة أيضاً ويكون قول المصنف وكذا إذا كان غير ثقة صريحاً في ذلك يناقض قوله في صدر كلامه، وقول الواحد مقبول على أي وصف كان ولكن بشرط كونه ثقة يعتمد على كلامه، وبالجملة ما ذكره ذلك البعض في هذا المقام برمته خارج عن نهج الصواب كما لا يخفى على ذوي الألباب قوله: (**وكذا إذا كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق لأن عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة للحاجة على ما مرّ**) قلت: تعليله بقوله لأن عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة دليل واضح على كون مراده بغير الثقة غير العدل وبالثقة العدل كما نبهنا عليه من قبل، إذ لو كان مراده بالثقة من يعتمد على كلامه وإن كان فاسقاً وبغير الثقة من لا يعتمد على كلامه كما توهمه جماعة من الشراح على ما مر لما صح تعليل قبول قول غير الثقة إذا كان أكبر الرأي أنه صادق بقوله لأن عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة، فإنه لا يلزم من عدم لزوم عدالته عدم لزوم كونه ممن يعتمد على كلامه فلا يتم التقريب كما لا يخفى، بقي في هذا المقام كلام وهو أن الذي ظهر مما ذكره ها هنا هو أن عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة، ولكن لا بد في قبول قوله إذا كان غير عدل من أن يكون أكبر رأي السامع أنه صادق وقد مرّ في أوائل كتاب الكراهية أنهم فرّقوا بين المعاملات والديانات بأنه يقبل في المعاملات قول الفاسق مطلقاً ولا يقبل في الديانات قول الفاسق ولا المستور إلا إذا كان أكبر رأي السامع أنه صادق، فكان ما ذكره ها هنا مخالفاً لما مر هناك لأن ما اعتبر هناك في الديانات دون المعاملات قد اعتبر ها هنا في المعاملات أيضا، وقد تنبه بعض الفضلاء لورود هذا الإشكال فذكر إجمال ما ذكرناه. وأجاب عنه حيث قال: يرد على المصنف أنه كان قبول خبره متوقفاً على حصول أكبر الرأي لا يبقى فرق بين المعاملات والديانات، فإن خبر الفاسق يقبل في الديانات أيضاً بأكبر الرأي على ما مر. وجوابه أن خبر الفاسق إنما يقبل في الديانا بأكبر الرأي إذا حصل بعد التحريّ، بخلاف ما نحن فيه حيث لا يشترط التحري فتأمل انتهى.
أقول: جوابه ليس بشيء فإن أكبر الرأي لا يمكن أن يتحقق بدون التحريّ، إذ التحرّي طلب ما هو أحرى الأمرين في غالب الظن كما صرح به في عامة كتب اللغة، فما لم يطلب ذلك ولم يتوجه إليه كيف يتصوّر حصول أكبر الرأي

أكبر رأيه أنه لص قصد قتله وأخذ ماله، وإذا كان أكبر رأيه أنه هارب من لص لم يعجل بذلك. وقوله: (**إلا أن يكون مثله لا**

أكبر الرأي يقام مقام اليقين، وكذا إذا لم يعلم أنها لفلان ولكن أخبره صاحب اليد أنها لفلان وأنه وكله ببيعها أو اشتراها منه والمخبر ثقة قبل قوله، وإن لم يكن ثقة يعتبر أكبر رأيه لأن إخباره حجة في حقه، وإن لم يخبره صاحب اليد بشيء. فإن كان عرفها للأول لم يشترها حتى يعلم انتقالها إلى ملك الثاني لأن يد الأول دليل ملكه، وإن كان لا يعرف ذلك له أن يشتريها وإن كان ذو اليد فاسقاً، لأن يد الفاسق دليل الملك في حق الفاسق والعدل ولم يعارضه معارض، ولا معتبر بأكبر الرأي عند وجود الدليل الظاهر إلا أن يكون مثله لا يملك مثل ذلك فحينئذٍ يستحب له أن يتنزّه، ومع ذلك لو اشتراها يرجى أن يكون في سعة من ذلك لاعتماده الدليل الشرعي، وإن كان الذي أتاه بها عبداً أو أمة لم يقبلها ولم يشترها حتى يسأل، لأن المملوك لا ملك له فيعلم أن الملك فيها لغيره، فإن أخبره أن مولاه أذن

فلا معنى لعدم اشتراط التحري فيما نحن فيه عند اشتراط أكبر الرأي فيه، وإنما اعتبار أكبر الرأي فيه اعتبار التحرّي بعينه، وعن هذا وقع التعبير في بيان هذه المسألة بعينها في المحيط البرهاني بلفظ التحرّي بدل أكبر الرأي حيث قال فيه: وإن كان الذي في يديه الجارية فاسقاً لا تثبت إباحة المعاملة معه بنفس الخبر بل يتحرّي في ذلك، فإن وقع تحريه على أنه صادق حل له الشراء منه، وإن وقع تحريه على أنه كاذب لا يحل له أن يشتريها منه، وإن لم يكن له رأي يبقى ما كان على ما كان في الديانات انتهى، ثم أقول: الإشكال المذكور لا يختص بهذا الكتاب بل يتجه على غيره أيضا، وعن هذا قال المحقق التفتازاني في التلويح: ذكر فخر الإسلام في موضع من كتابه أن إخبار غير العدل يقبل في المعاملات من غير انضمام التحري وفي موضع آخر أنه يشترط التحري ومحمد رحمه الله ذكر القيد في كتاب الاستحسان ولم يذكره في الجامع الصغير، وقال في التوجيه: فقيل يجوز أن يكون المذكور، في كتاب الاستحسان تفسيراً لما ذكره في الجامع الصغير فيشترط التحري، ويجوز أن يشترط استحساناً ولا يشترط رخصة. ويجوز أن يكون في المسألة روايتان انتهى، وقد ذكرت فيما مر في أوائل كتاب الكراهية بعد نقل هذه التوجيهات عن التلويح أن المختار عندي من بينهما هو التوجيه الثاني لأنه هو الحاسم لمادة الإشكال الفارق بين المعاملات والديانات، إذ لا رخصة في الديانات بدون التحري، والآن أيضا أقول كذلك، فيحصل به التوفيق بين الكلامين في المقامين في هذا الكتاب وغيره قوله: (لأن أكبر الرأي يقام مقام اليقين) قال صاحب العناية: يعني فيما هو أعظم من هذا كالفروج والدماء، ألا يرى أن من تزوج امرأة فأدخلها عليه إنسان وأخبره أنها امرأته وسعه أن يطأها إذا كان ثقة عنده أو كان أكبر رأيه أنه صادق، وكذا إذا دخل رجل على غيره ليلاً شاهراً سيفه فلصاحب المنزل أن يقتله إذا كان أكبر رأيه أنه لص قصد قتله وأخذ ماله، وإن كان أكبر رأيه أنه هارب من لص لم يعجل بقتله انتهى. وردّ عليه بعض المتأخرين حيث قال: قوله لأن الرأي يقام مقام اليقين: أي في كثير من الأحكام حتى يجب به شيء كالتوجه إلى جهة التحري، ويحرم به شيء كالصلاة إذا توضأ بماء أخبر بنجاسته غير ثقة، وأكبر رأيه أنه صادق فيجعل أكبر الرأي دليلاً شرعياً أيضاً فيما نحن فيه بل فيما هو أعظم منه كالفروج والدماء، وقال في الحاشية: من قال في تفسير قوله يقام مقام اليقين: يعني فيما هو أعظم كالفروج والدماء فقدسها انتهى. أقول: نسبة السهو إليه في تفسيره المذكور

يملك مثل ذلك) كدرّة في يد فقير لا يملك شيئاً، أو كتاب في يد جاهل لم يكن في آبائه من هو أهل لذلك فحينئذٍ يستحب له أن يتنزّه. وقوله: (وإن كان الذي أتاه بها) أي بالجارية لأن هذا كله مبني على قوله ومن علم بجارية أنها لفلان فرأى آخر يبيعها: يعني أن الآتي بالجارية إذا كان عبداً أو أمة وقال لآخر وهبتها منك أو بعتها منك فليس للآخر أن يقبلها منه ولا أن يشتريها منه حتى يسأل عن ذلك، لأن المنافي للملك وهو الرقّ معلوم فيه، فما لم يظهر له دليل مطلق للتصرف في حق من

قال المصنف: (وإن كان الذي أتاه بها عبداً الخ) أقول: قوله عبداً خبر كان، وأتاه بها صلة للذي، والهاء في وأتاه مفعول، وهو الشخص الذي أقدم على الشراء من العبد الذي أتى بالجارية، أو من الجارية التي أتت بالجارية، والباء في بها باء التعدية.

له وهو ثقة قبل، وإن لم يكن ثقة يعتبر أكبر الرأي، وإن لم يكن له رأي لم يشترها لقيام الحاجر فلا بد من دليل. قال: (**ولو أن امرأة أخبرها ثقة أن زوجها الغائب مات عنها أو طلقها ثلاثاً أو كان غير ثقة وأتاها بكتاب من زوجها بالطلاق، ولا تدري أنه كتابه أم لا. إلا أن أكبر رأيها أنه حق**) يعني بعد التحري (**فلا بأس بأن تعتدّ ثم تتزوّج**) لأن القاطع طارىء ولا منازع وكذا لو قالت لرجل طلقني زوجي وانقضت عدتي فلا بأس أن يتزوّجها. وكذا إذا قالت المطلقة الثلاث انقضت عدتي وتزوّجت بزوج آخر ودخل بي ثم طلقني وانقضت عدتي فلا بأس بأن يتزّوجها الزوج الأول، وكذا لو قالت جارية كنت أمة لفلان فأعتقني لأن القاطع طارىء. ولو أخبرها مخبر أن أصل النكاح كان فاسداً أو كان الزوج حين تزوّجها مرتداً أو أخاها من الرضاعة لم يقبل قوله حتى يشهد بذلك رجلان أو رجل وامرأتان. وكذا إذا أخبره مخبر أنك تزوّجتها وهي مرتدة أو أختك من الرضاعة لم يتزوّج بأختها أو أربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان، لأنه أخبر بفساد مقارن والإقدام على العقد يدل على صحته وإنكار فساده فثبت المنازع بالظاهر، بخلاف ما إذا كانت المنكوحة صغيرة فأخبر الزوج أنها ارتضعت من أمه أو أخته حيث يقبل قول الواحد فيه لأن القاطع طارىء، والإقدام الأول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع فافترقا. وعلى هذا الحرف يدور الفرق. ولو كانت جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها في يد رجل يدعي أنها له فلما كبرت لقيها رجل في بلد آخر فقالت أنا حرّة الأصل لم يسعه أن يتزوّجها لتحقق المنازع وهو ذو اليد بخلاف ما تقدم. قال: (**وإذا باع المسلم خمراً وأخذ ثمنها وعليه دين فإنه يكره لصاحب الدين أن يأخذ منه وإن كان البائع نصرانياً فلا بأس به**) والفرق أن البيع في الوجه الأول قد بطل، لأن الخمر ليس بمال متقوّم في حق المسلم فبقي الثمن على ملك المشتري فلا يحل

سهو عظيم. فإنه سلك في تفسيره المذكور مسلك الدلالة وإثبات الحكم فيما نحن فيه بالأولوية كما في قوله تعالى ﴿**فلا تقل لهما أف**﴾ الإسراء الآية (٢٣) فإن فيه النهي عن الضرب بالأولوية، وليشت شعري ماذا يقول ذلك القائل في شأن الإمام الرباني محمد رحمه الله تعالى، فإنه أيضاً قال في الأصل في هذا المقام: وأكبر الرأي مجوّز للعمل فيما هو أكبر من هذا كالفروج وسفك الدماء، فإن من تزوّج امرأة فأدخلها عليه إنسان وأخبره أنها امرأته الخ كما نقل عنه في النهاية والكفاية ومعراج الدراية. ولا يخفى أنه أيضاً مثل ما قاله صاحب العناية في كونه من تلك الدلالة بالأولوية، بل ذلك مأخذ ما قاله صاحب العناية: وعن هذا قال في النهاية والكفاية بعد نقل ذلك عن محمد: فعلم بهذا أن فيما هو أهم الأمور وهو الدماء والفروج جاز العلم بأكبر الرأي عند الحاجة. مع أن الغلط إذا وقع لا يمكن تداركه فيما دون ذلك أولى انتهى قوله: (**لأن القاطع طارىء والإقدام الأول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع**) اعترض عليه بأنه إن قبل خبر الواحد في إفساد النكاح بعد الصحة من هذا الوجه فوجه آخر فيه يوجب عدم القبول،

رآه في يده لا يحل له الشراء. وقوله: (**وإن لم يكن له رأي لم يشترها لقيام الحاجر**) بالراء المهملة: أي المانع فلا بد من دليل. وقوله: (**ولو أن امرأة أخبرها ثقة**) بناء على أن القاطع إذا كان طارئاً ولا منازع للخبر به يقبل قول الواحد، فإن كان ثقة لا يحتاج إلى غيره، وإن لم يكن لا بد من انضمام أكبر رأي المخبر له، وإذا ظهر ذلك سهل تطبيق الفروع عليه. وقوله: (**لأن القاطع طارىء فيه**) والإقدام الأول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع اعترض عليه بأنه إن قبل خبر الواحد في إفساد النكاح بعد الصحة من هذا الوجه فوجه آخر فيه يوجب عدم القبول، وهو أن الملك للزوج فيها ثابت والملك الثابت للغير فيها لا يبطل بخبر الواحد. وأجيب بأن ذلك إذا كان ثابتاً بدليل موجب وملكه فيها ليس كذلك بل باستصحاب الحال وخبر الواحد أقوى منه والباقي واضح. قال: (**وإذا باع المسلم خمراً الخ**) كلامه واضح. وروي عن محمد رحمه الله أنه قال: هذا إذا كان القضاء والاقتضاء بالتراضي، فإن كان بقضاء القاضي بأن قضى عليه بهذا الثمن غير عالم بكونه ثمن الخمر طاب له ذلك بقضائه. وقوله: (**ويكره الاحتكار**) الاحتكار افتعال من حكر: أي حبس، والمراد به حبس الأقوات متربصاً للغلاء. وقوله: (**فإن ليس فهو مكروه في الوجهين**) يعني في الإضرار وعدمه. وقوله: (**ويتعدّون عن القيمة تعدياً فاحشاً**) بأن يبيعوا

أخذه من البائع. وفي الوجه الثاني صح البيع لأنه مال متقوّم في حق الذمي فملكه البائع فيحل الأخذ منه. قال: **(ويكره الاحتكار في أقوات الآدميين والبهائم إذا كان ذلك في بلد يضرّ الاحتكار بأهله وكذلك التلقي. فأما إذا كان لا يضر فلا بأس به)** والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام «الجالب مرزوق والمحتكر ملعون»[١] ولأنه تعلق به حق العامة، وفي الامتناع عن البيع إبطال حقهم وتضييق الأمر عليهم فيكره إذا كان يضرّ بهم ذلك بأن كانت البلدة صغيرة، بخلاف ما إذا لم يضرّ بأن كان المصر كبيراً لأنه حابس ملكه من غير إضرار بغيره، وكذلك التلقي على هذا التفصيل «لأن النبيّ عليه الصلاة والسلام نهى عن تلقي الجلب وعن تلقي الركبان»[٢] قالوا هذا إذا لم يلبس المتلقي على التجار سعر البلدة، فإن لبس فهو مكروه في الوجهين لأنه غادر بهم، وتخصيص الاحتكار بالأقوات كالحنطة والشعير والتبن والقت قول أبي حنيفة رحمه الله. وقال أبو يوسف رحمه الله: كل ما أضرّ بالعامة حبسه فهو احتكار وإن كان ذهباً أو فضة أو ثوباً. وعن محمد رحمه الله أنه قال: لا احتكار في الثياب، فأبو يوسف اعتبر حقيقة الضرر إذ هو المؤثر في الكراهة. وأبو حنيفة اعتبر الضرر المعهود المتعارف. ثم المدة إذا قصرت لا يكون احتكار لعدم الضرر، وإذا طالت يكون احتكاراً مكروهاً لتحقق الضرر. ثم قيل: هي مقدرة بأربعين يوماً لقوله عليه الصلاة والسلام «من احتكر طعاماً أربعين ليلة فقد بريء من الله وبريء الله منه»[٣] وقيل بالشهر، لأن ما دونه قليل عاجل، والشهر وما فوقه كثير آجل، وقد مرّ في غير موضع، ويقع التفاوت في المأثم بين أن يتربص العزة وبين أن يتربص القحط والعياذ بالله، وقيل المدة للمعاقبة في الدنيا إما يأثم وإن قلت المدة، والحاصل أن التجارة في الطعام غير محمودة. قال: **(ومن احتكر غلة ضيعته أو ما جلبه من بلد آخر فليس بمحتكر)** أما الأول فلأنه خالص حقه لم

وهو أن الملك للزوج فيها ثابت والملك الثابت للغير لا يبطل بخبر الواحد. وأجيب بأن ذلك إذا كان ثابتاً بدليل موجب ملك الزوج فيها في الحال ليس بدليل موجب بل باستصحاب الحال، وخبر الواحد أقوى من استصحاب الحال، كذا في العناية وكثير من الشروح، وقال بعض المتأخرين بعد ذكر هذا الاعتراض: والجواب فيه بحث، لأنه سبق في فصل الأكل والشرب أن الحل والحرمة من باب الديانات، فيقبل قول الواحد فيهما إذا لم تتضمن الحرمة

قفيزاً بمائه وهو يشتري بخمسين فيمنعون منه دفعاً للضرر عن المسلمين. وقوله: **(يرى الحجر لدفع ضرر عام)** يعني كالطبيب الجاهل والمكاري المفلس. وقوله: **(وليس الشرب من ضرورات الحمل)** لأن الشرب قد يوجد بدون الحمل، وبالعكس فلا

---

(١) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ٢١٥٣ والدارمي ٢٤٤٩ والعقيلي ١٢٣٢. ٣/ ٢٣٢ كلهم من حديث عمر وقال البوصيري في الزوائد: فيه علي بن زيد ابن جدعان ضعيف وقال العقيلي عقبه وقد أعله بعلي بن سالم الراوي عن ابن جدعان: لا يتابع على حديثه. وكذا قال البخاري في تاريخه اهـ وأخرج الحاكم ٢/ ١١ عجزه من هذا الوجه

(٢) هما حديثان صحيحان تقدما في البيوع. الأول رواه مسلم، والثاني متفق عليه.

(٣) ضعيف. أخرجه أحمد ٢/ ٣٣ وأبو يعلى ٥٧٤٦ والحاكم ٢/ ١١ . ١٢ والبزار ١٣١١ كلهم من حديث ابن عمر وتمامه: وأيما أهل عرصة أصبح فيهم امرؤ جائع، فقد برئت منهم ذمة الله.

سكت عليه الحاكم وقال الذهبي: فيه عمرو بن حصين تركوه وأصبغ فيه لين. وذكره الهيثمي في المجمع ٤/ ١٠٠ وقال: فيه أبو بشر الأملوكي ضعفه يحيى.

وقال ابن أبي حاتم في علله ١١٧٤. ١/ ٣٩٢: سألت أبي عنه فقال: هذا حديث منكر وأبو بشر لا أعرفه. وذكره ابن الجوزي في الموضوعات ٢/ ٢٤٢ والعجب أن أحمد شاكر صححه في تخريجه على المسند ٧/ ٦٩ . ٦١ ولم يصب فهو حديث مسلسل بضعفاء قلت: وفي الصحيح ما يغني عن ذلك فقد أخرج مسلم في صحيحه ١٦٠٥ وأبو داود ٣٤٤٧ والترمذي ١٢٦٧ والدارمي ٢/ ٢٤٨ . ٢٤٩ وأحمد ٤/ ٤٥٣ . ٤٥٤ وابن أبي شيبة ٦/ ١٠٢ وابن ماجه ٢١٥٤ وابن حبان ٤٩٣٦ والبيهقي ٦/ ٢٩ . ٣٠ والبغوي ٢١٢٧ كلهم من حديث معمر بن عبدالله قال: قال رسول الله ﷺ: لا يحتكر إلا خاطىء.

قال ابن حبان: معمر هو العدوي له صحبة.

وقال النووي في شرح مسلم ١١/ ٤٣: هذا الحديث صريح في تحريم الاحتكار. وقال أصحابنا: المحرم هو الاحتكار في الأقوات خاصة.

وقال المناوي في فيض القدير ٦/ ٣٥: أخذ مالك بظاهره فحرم احتكار الطعام وغيره وخصّته الشافعية، والحنفية بالقوت.

يتعلق به حق العامة؛ ألا ترى أن له أن لا يزرع فكذلك له أن لا يبيع. وأما الثاني فالمذكور قول أبي حنيفة، لأن حق العامة إنما يتعلق بما جمع في المصر وجلب إلى فنائها. وقال أبو يوسف: يكره لإطلاق ما روينا. وقال محمد: كل ما يجلب منه إلى المصر في الغالب فهو بمنزلة فناء المصر يحرم الاحتكار فيه لتعلق حق العامة به، بخلاف ما إذا كان البلد بعيداً لم تجر العداة بالحمل منه إلى المصر لأنه لم يتعلق به حق العامة. قال: (**ولا ينبغي للسلطان أن يسعر على الناس**) لقوله عليه الصلاة والسلام «لا تسعروا فإن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق»[1] ولأن الثمن حق العاقد فإليه تقديره، فلا ينبغي للإمام أن يتعرض لحقه إلا إذا تعلق به دفع ضرر العامة على ما نبين. وإذا رفع إلى القاضي هذا الأمر يأمر المحتكر ببيع ما فضل عن قوته وقوت أهله على اعتبار السعة في ذلك وينهاه عن الاحتكار، فإن رفع إليه مرة أخرى حبسه وعزّره على ما يرى زجراً له ودفعاً للضرر عن الناس، فإن كان أرباب الطعام يتحكمون ويتعدون عن القيمة تعدياً فاحشاً وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين إلا بالتسعير فحينئذٍ لا بأس به بمشورة من أهل الرأي والبصيرة، فإذا فعل ذلك وتعدّى رجل عن ذلك وباع بأكثر منه أجازه القاضي، وهذا ظاهر عند أبي حنيفة لأنه لا يرى الحجر على الحرّ وكذا عندهما، إلا أن يكون الحجر على قوم بأعيانهم. ومن باع منهم بما قدره الإمام صح لأنه غير مكره على البيع، وهل يبيع القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه. قيل هو على الاختلاف الذي عرف في بيع مال المديون، وقيل يبيع بالاتفاق لأن أبا حنيفة يرى الحجر لدفع ضرر عام، وهذا كذلك. قال: (**ويكره بيع السلاح في أيام الفتنة**) معناه ممن يعرف أنه من أهل الفتنة لأنه تسبب إلى المعصية وقد بيناه في السير، وإن كان لا يعرف أنه من أهل الفتنة لا بأس بذلك لأنه يحتمل أن لا يستعمله في الفتنة فلا يكره بالشك. قال: (**ولا بأس ببيع العصير ممن يعلم أنه يتخذه خمراً**) لأن المعصية لا تقام بعينه بل بعد تغييره، بخلاف بيع السلاح في أيام الفتنة لأن المعصية تقوم بعينه. قال: (**ومن أجر بيتاً ليتخذ فيه بيت نار أو كنيسة أو بيعة أو يباع في الخمر بالسواد فلا بأس به**) وهذا عند أبي حنيفة[2]، وقالا: لا ينبغي أن يكريه لشيء

زوال الملك، كما إذا أخبر واحد عدل بحل طعام فيؤكل أو حرمته فلا يؤكل، لأن الحرمة لا تنافي الملك، وأما إذا تضمنت زوال الملك فلا يقبل ولا يثبت به الحرمة، كما إذا أخبر عدل للزوجين أنهما ارتضعا من فلانة لأن الحرمة المؤبدة لا تتصوّر مع بقاء ملك النكاح فاضمحل الجواب وبقي الإشكال انتهى كلامه. أقول: بحثه ساقط جدا. لأن الذي تقرّر في فصل الأكل والشرب هو أن خبر الواحد العدل يقبل في باب الحل والحرمة إذا لم يتضمن زوال الملك. وأما إذا تضمن زواله فلا يقبل بناء على أن بطلان الملك لا يثبت بخبر الواحد، وذلك كلام مجمل لم يفصل فيه أنه إذا تضمن زوال الملك الثابت باستصحاب الحال فيقبل، فنشأ الاعتراض ها هنا نظراً إلى ظاهر إجمال ما ذكر هناك فأجيب عنه بأن المراد من زوال الملك الثابت بدليل موجب لم يقبل، وإما إذا تضمن زوال الملك هناك

يكون الحمل مستلزماً للمعصية، وقوله: (**من وضع درهماً عند بقال يأخذ منه ما شاء**) واضح، ولكن في لفظ الكتاب اشتباه،

---

(١) صحيح. أخرجه أبو داود ٣٤٥١ والترمذي ١٣١٤ والدارمي ٢/ ٢٤٩ وابن ماجه ٢٢٠٠ وابن حبان ٤٩٣٥ وأحمد ٣/ ١٥٦ . ٢٨٦ والبيهقي ٦/ ٢٩ كلهم من حديث أنس قال: غلا السعر فقالوا: يا رسول الله سعر لنا. فقال: إن الله هو الخالق القابض الباسط الرازق، وإني لأرجو أن لا ألقى الله بمظلمة ظلمتها أحداً منكم في أهل ولا مال.

وإسناده صحيح على شرط مسلم وقال الترمذي: حسن صحيح.

وفي الباب من حديث أبي هريرة. أخرجه أبو ادود ٣٤٥٠ والبغوي ٢١٢٦ والبيهقي ٦/ ٢٩ وإسناده جيد. ومن حديث أبي سعيد أخرجه أحمد ٣/ ٨٥ وكذا الطبراني في الأوسط كما في المجمع ٤/ ٩٩ وقال الهيثمي: رجال أحمد رجال الصحيح.

(٢) الصواب قولهما والمستند في ذلك: دع ما يريبك إلى ما لا يريبك. وهو حديث جيد. وأيضاً حديث فمن اتقى الشبهات، فقد استبرأ لدينه وعرضه وحديث: استفت قلبك، وإن أفتاك الناس وأفتوك. وهذه المسائل المذكورة فيها شبهة قطعاً بلا شك. فتنبه والله تعالى أعلم. ويؤيد ذلك الحديث الآتي.

من ذلك لأنه إعانة على المعصية. وله أن الإجازة تردّ على منفعة البيت ولهذا تجب الأجرة بمجرد التسليم، ولا معصية فيه، إنما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبته عنه، وإنما قيده بالسواد لأنهم لا يمكنون من اتخاذ البيع والكنائس وإظهار بيع الخمور والخنازير في الأمصار لظهور شعائر الإسلام فيها، بخلاف السواد. قالوا: هذا كان في سواد الكوفة، لأن غالب أهلها أهل الذمة. فأما في سوادنا فأعلام الإسلام فيها ظاهرة فلا يمكنون فيها أيضاً. وهو الأصح. قال: (ومن حمل للذمي خمراً فإنه يطيب له الأجر عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: يكره له ذلك) لأنه إعانة على المعصية، وقد صح «أن النبيّ عليه الصلاة والسلام لعن في الخمر عشراً حاملها والمحمولة إليه»[1] له أن المعصية في شربها وهو فعل فاعل مختار، وليس الشرب من ضرورات الحمل ولا يقصد

زوال الملك الثابت بدليل موجب لا زواله ولو كان باستصحاب الحال، لأن خبر الواحد أقوى من استصحاب الحال لكون الاستصحاب حجة دافعة لا مثبتة أصلاً، بخلاف خبر الواحد فكان الجواب المذكور ها هنا تفصيلاً للإجمال الواقع هناك في الظاهر فكان جواباً شافياً قد اضمحل به الإشكال كما لا يخفى قوله: (وإن كان لا يعرف أنه من أهل الفتنة لا بأس به لأنه يحتمل أن لا يستعمله في الفتنة فلا يكره بالشك) قال بعض المتأخرين: قوله لأنه يحتمل أن لا يستعمله في الفتنة ولو احتمالاً ضعيفا فلا يكره بالشك لوجود هذا الاحتمال فليس الشك على معناه المصطلح انتهى. أقول: ليس هذا بشرح صحيح، لأن كون احتمال أن لا يستعمله في الفتنة ضعيفاً في حق من لم يكن معروفاً بكونه من أهل الفتنة ممنوع، كيف وأمور المسلمين محمولة على الصلاح والاستقامة كما صرّح به صاحب الغاية وغيره في تعليل هذه المسألة، ففي حق من لم يكن معروفا بكونه من أهل الفتنة إن لم يكن احتمال أن لا يستعمله في الفتنة أقوى وأرجح فلا أقل من أن يكون مساوياً لاحتمال خلافه، فالشك على معناه المصطلح عليه قطعاً. ولو كان احتمال أن لا يستعمله في الفتنة مرجوحاً كان احتمال أن يستعمله في الفتنة قوياً راجحاً، فينبغي أن يكون السلاح من مثله في أيام الفتنة مكروها. وجواب المسألة على خلافه، وبالجملة لا وجه للشرح المذكور أصلاً قوله: (وله أن الإجارة ترد على منفعة البيت ولهذا يجب الأجر بمجرد التسليم. ولا معصية فيه وإنما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فقطع نسبته عنه) أقول: ينتقض هذا التعليل المذكور من قبل أبي حنيفة رحمه الله في هذه المسألة بمسائل متعددة مذكورة في الذخيرة والمحيط وفتاوى قاضيخان وسائر المعتبرات من غير بيان خلاف في شيء منها من أحد من أئمتنا، منها أنه إذا استأجر الذمي من المسلم بيعة ليصلي فيها فإن ذلك لا يجوز قال في المحيط والذخيرة. لأنه استأجرها ليصلي فيها، وصلاة الذمي معصية عندنا وطاعة في زعمه. وأيّ ذلك اعتبرنا كانت الإجارة باطلة لأن الإجارة على ما هو طاعة أو معصية لا تجوز انتهى. ومنها أنه إذا استأجر المسلم من المسلم بيتاً ليجعله مسجداً يصلي فيه المكتوبة أو النافلة، فإن هذه الإجارة لا تجوز في قول علمائنا، وعند الشافعي تجوز، قال في المحيط: وهذا لأنها وقعت على ما هو طاعة، فإن تسليم الدار ليصلي فيها طاعة، ومن مذهبنا إن

وذلك لأن عند للوديعة، فلا فرق حينئذٍ بين صورة الوديعة والقرض، ويجوز أن يجعل قوله يأخذ منه ما شاء خارجاً مخرج

---

(١) جيد. أخرجه الترمذي ١٢٩٥ وابن ماجه ٣٣٨١ كلاهما من حديث أنس قال: لعن رسول الله ﷺ في الخمر عشرة: عاصرها، ومعتصرها، وشاربها، وحاملها، والمحمولة إليه، وساقيها، وبائعها، وآكل ثمنها، والمشتري لها والمشتراة له.
هذا لفظ الترمذي وقال: حديث غريب.
وورد من حديث ابن عمر. أخرجه أبو داود ٣٦٧٤ وابن ماجه ٣٣٨٠ وأحمد ٢/ ٢٥ . ٧١ . ٩٧ كلهم من حديث ابن عمر وكذا أبو يعلى ٥٥٨٣ و ٥٥٩١ من حديث ابن عمر وإسناده حسن رجاله ثقات. وأخرجه الحاكم ٤/ ١٤٤ . ١٤٥ من وجه آخر من حديث ابن عمر وقال: صحيح الإسناد ووافقه الذهبي. وأخرجه من وجه آخر من حديث ابن عباس وصححه وأقره الذهبي. وله شواهد أخرىٰ أنظر نصب الراية ٤/ ٢٦٣ . ٢٦٤ فهذا الحديث بمجموع طرقه يرقىٰ إلى درجة الحسن الصحيح.

به، والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية. قال: **(ولا بأس ببيع بناء بيوت مكة، ويكره بيع أرضها)** وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: لا بأس ببيع أرضها أيضاً. وهذا رواية عن أبي حنيفة لأنها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء. ولأبي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام «ألا إن مكة حرام لا تباع رباعها ولا تورث»[1] ولأنها حرّة محترمة لأنها فناء الكعبة. وقد ظهر آية أثر التعظيم فيها حتى لا ينفر صيدها ولا يختلي خلاها ولا يعضد شوكها، فكذا في حق البيع، بخلاف البناء لأنه خالص ملك الباني. ويكره إجارتها أيضاً لقوله عليه الصلاة والسلام «من آجر أرض مكة فكأنما أكل الربا»[2] ولأن أراضي مكة تسمى السوائب على عهد رسول الله عليه الصلاة والسلام من احتاج إليها سكنها ومن استغنى عنها أسكن غيره[3] **(ومن وضع درهماً عند بقال يأخذ منه ما شاء يكره له ذلك)** لأنه ملكه قرضاً جرّ به نفعاً وهو أن يأخذ منه ما شاء حالاً فحالاً. ونهى رسول الله عليه الصلاة والسلام عن قرض جرّ نفعاً[4]. وينبغي أن يستودعه ثم يأخذ منه ما شاء جزءاً فجزءاً لأنه وديعة وليس بقرض. حتى

الإجارة على ما هو طاعة لا تجوز وعنده تجوز، وكان هذا بمنزلة ما لو استأجر رجلاً للأذان أو الإمامة لا يجوز عندنا لأنه طاعة، وعند الشافعي يجوز فكذلك هذا انتهى ومنها أنه إذا استأجر ذميّ من ذميّ بيتا يصلي فيه لا يجوز. قال في المحيط والذخيرة: لأن صلاتهم طاعة عندهم معصية عندنا، وأي ذلك كان لم تجز الإجازة انتهى. إذا لا يخفى أن التعليل المذكور في الكتاب من قبل أبي حنيفة في مسئلتنا يقتضي أن لا تبطل الإجارة في تلك المسائل أيضاً، فإن الإجارة إنما ترد على منفعة البيت ولهذا يجب الأجر بمجرد التسليم، ومنفعة البيت ليس بطاعة ولا معصية، وإنما الطاعة والمعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه، فقطع نسبة ذلك الفعل عن المؤجر فينبغي أن تصح الإجارة فيها أيضاً عنده مع أن الأمر ليس كذلك كما عرفت. فإن قلت: إن الإجاءة وإن وردت على منفعة البيت إلا أن لجعل منفعة حين العقد لأجل الطاعة أو المعصية تأثيرا في بطلان الإجارة، قلت: فليكن الأمر كذلك فيما نحن فيه أيضاً. والحاصل أن الفرق بين تلك المسائل ومسألتنا في الحكم والدليل مشكل جداً فليتأمل. ثم إنه ذكر في

الشرط: يعني وضعه بشرط أن يأخذ منه ما شاء. وأما إذا وضعه ولم يشترط شيئاً فهو وديعة إن هلك لم يضمن البقال شيئاً.

---

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٣/ ٥٧ ـ ٥٨ وكذا الحاكم ٢/ ٥٣ كلاهما من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص قال: قال رسول الله ﷺ: مكة مناخ لا تباع رباعها، ولا تؤاجر بيوتها.
وقال الحاكم: صحيح الإسناد! ورده الذهبي حيث قال: إسماعيل ـ أي ابن إبراهيم بن مهاجر ـ ضعفوه اهـ وقال الدارقطني إسماعيل ضعيف.
وأخرجه الحاكم ٢/ ٥٣ والدارقطني ٣/ ٥٧ كلاهما من طريق أبي حنيفة عن عبيد الله بن عمرو بن العاص مرفوعاً. سكت عليه الحاكم. وأعله الذهبي بعبيد الله بن أبي زياد. وقال الدارقطني: وهم أبو حنيفة فيه حيث قال: عن عبد الله بن أبي يزيد. والصواب: ابن أبي زياد القداح والصواب أنه موقوف. ثم أسنده الدارقطني من هذا الطريق لكن ليس فيه أبو حنيفة عن عبد الله بن عمرو بن العاص قال: إن الذي يأكل كراء بيوت مكة إنما يأكل في بطنه ناراً.
وكرره بهذا السياق موقوفاً.
وذكره الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٢٦٥ ومما قاله: قال ابن القطان: علته ضعف أبي حنيفة وهم في عبيد الله بن زياد فجعله ابن يزيد. ووهم فيه فرفعه وخالفه الناس اهـ.
(٢) غريب بهذا اللفظ. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٢٦٦ وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ٢٣٦: لعل قوله: ربا ـ تصحيف وصوابه ناراً. وتقدم بيانه في الذي قبله اهـ.
قلت: تقدم رواية الدارقطني له وصوب وقفه على عبدالله بن عمرو بن العاص.
(٣) ضعيف: يشير المصنف لما أخرجه ابن ماجه ٣١٠٧ والدارقطني ٣/ ٥٨ ـ ٥٩ كلاهما عن علقمة بن نضلة قال: توفي رسول الله ﷺ وأبو بكر وعمر، وما تدعىٰ رباع مكة إلا السوائب من احتاج سكن، ومن استغنى أسكن.
وإسناده صحيح رجاله رجال مسلم إلا أن علقمة بن نضلة تابعي صغير وأخطأ من عدّه في الصحابة كما قال الحافظ في التقريب.
والحديث ضعفه الدميري في تعليقه على ابن ماجه وقال: علقمة هذا ذكره ابن حبان في اتباع التابعين من الثقات.
(٤) تقدم في الربا وأن الراجح وقفه.

لو هلك لا شيء على الآخذ، والله أعلم.

الذخيرة والمحيط: إذا استأجر الذميّ من المسلم داراً ليسكنها فلا بأس بذلك، لأن الإجارة وقعت على أمر مباح فجازت، وإن شرب فيها الخمر أو عبد فيها الصليب أو أدخل فيها الخنازير لم يلحق المسلم في ذلك شيء، لأن المسلم لم يؤاجرها لها إنما أجر للسكنى فكان بمنزلة ما لو أجر داراً من فاسق كان مباحاً وإن كان قد يعصي فيها، ولو اتخذ فيها بيعة أو كنيسة أو بيت نار يمكن من ذلك إن كان في السواد، قال شيخ الإسلام: وأراد بهذا إذا استأجرها الذمي ليسكنها، ثم أراد بعد ذلك أن يتخذ كنيسة أو بيعة فيها، فأما إذا استأجرها في الابتداء ليتخذها بيعة أو كنيسة لا يجوز إلى هنا لفظ الذخيرة والمحيط. قال بعض المتأخرين بعد نقل ذلك عن صاحب المحيط: ولا خفاء فيما بينه وبين ما ذكره المصنف من التنافي، أقول: إن التنافي بينهما ممنوع، إذ يجوز أن يكون بناء قول شيخ الإسلام فأما إذا استأجرها في الابتداء ليتخذها بيعة أو كنيسة لا يجوز على قول أبي يوسف ومحمد في هذه المسألة، لكون مختار نفسه قولهما وإنما يلزم التنافي بينهما. أن لو قال لا يجوز عند أبي حنيفة أو قال لا يجوز عندهم جميعاً وليس فليس. وذكر أحد القولين في المسألة الخلافية بدون بيان الخلاف ليس بعزيز في كلام الثقات، وعن هذا نرى كثيراً من أصحاب المتون يذكرون قول أبي حنيفة في كثير من المسائل الخلافية بدون بيان الخلاف، ثم الشرّاح يبينون الخلاف الواقع في ذلك، وكيف لا يكون مراد شيخ الإسلام بقوله المزبور ما ذكرناه، وقد صرح محمد رحمه الله في الجامع الصغير بأنه لا بأس عند أبي حنيفة أن تؤاجر بيتك ليتخذ فيه بيت نار أو كنيسة أو بيعة أو يباع الخمر فيه بالسواد. وهل يليق بمثل شيخ الإسلام أن يغفل عن مسألة الجامع الصغير، ثم قال ذلك البعض: ثم كلام المصنف صريح في أن إجارة البيت ليباع فيه الخمر مع كونه معصية إنما صحت عند أبي حنيفة لتخلل فعل فاعل مختار، وقد صرح صاحب المحيط بأن صحتها لعدم كون بيع الخمر معصية للذمي كشربه، لأن خطاب التحريم غير نازل في حقه، ولا خفاء فيما بينهما أيضاً من التنافي انتهى. أقول: كون كلام المصنف صريحاً فيما ذكره ممنوع لجواز أن يكون قول المصنف وإنما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه خارجاً مخرج التغليب، فإن في المسألة المذكورة صوراً: إيجاز البيت لأن يتخذ فيه بيت نار وإيجاره لأن يتخذ فيه كنيسة، وإيجاره لأن يتخذ فيه بيعة. وإيجازه لأن يباع فيه الخمر، ولا شك أن اتخاذ بيت النار واتخاذ الكنيسة واتخاذ البيعة معصية للذمي أيضا لكون الكفار مخاطبين بالإيمان بلا خلاف، واتخاذ تلك الأمور ينافي الإيمان فكانت معصية قطعاً، وإن لم يكن بيع الخمر معصية للكافر بناء على القول بأن خطاب التحريم غير نازل في حق الكفار فيجوز أن تكون الصور الثلاث الأولى مغلبة على صورة بيع الخمر في قول المصنف، وإنما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه قطعاً فقطع نسبته عنه، فكأنه قال: وإنما المعصية في صورة اتخاذ المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبة ذلك الفعل عن المؤجر. وأما في غير صورة اتخاذ المعصية وهي صورة بيع الذمي الخمر فالأمر بيّن، فحينئذٍ لا يتحقق التنافي بينه وبين ما صرح به صاحب المحيط كما لا يخفى، ثم إنه لو سلم دلالة كلام المصنف على كون بيع الخمر أيضا معصية للذمي فلا ضير فيه، لأن في نزول خطاب التحريم في حق الكفار قولين من مشايخنا، فعند بعضهم غير نازل وعند بعضهم نازل كما عرف في أصول الفقه في فصل أن الكفار مخاطبون بالشرائع أم لا، فيجوز أن يكون مبنى كلام صاحب المحيط على القول الأول ومبنى كلام المصنف على القول الثاني ولكل وجهة هو موليها قوله: **(وقالا: لا بأس ببيع أرضها وهو رواية عن أبي حنيفة لأنها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء)**

. . . .

. . . .

قال في الكافي بعد ذكر هذا التعليل: وقوله عليه الصلاة والسلام «وهل ترك لنا عقيل من ربع»[1] دليل على أن عقار مكة عرضة للتمليك والتملك وانتهى. وأصل هذا ما ذكر في غاية البيان وغيرها ما روى الطحاوي في شرح الآثار بإسناده إلى أسامة بن زيد أنه قال «يا رسول الله أتنزل في دارك بمكة؟ قال عليه الصلاة والسلام: هل ترك لنا عقيل من رباع أو دور» وكان عقيل ورث أبا طالب وطالب، ولم يرثه جعفر ولا عليّ لأنهما كانا مسلمين، وكان عقيل وطالب كافرين، وكان عمر بن الخطاب من أجل ذلك يقول: لا يرث المؤمن الكافر[2] ففي هذا الحديث ما يدل على أن أرض مكة تملك وتورث لأنه قد ذكر فيها ميراث عقيل وطالب مما ترك أبو طالب فيها من رباع ودور انتهى. ثم إن بعض المتأخرين بعد أن ذكر ما في الكافي وأصله المزبور على التفصيل المذكور قال: ولا يخفى عليك أن هذا الحديث لا يدل على ميراث الأرض قطعاً لاحتمال جريان الإرث على الأبنية دون الأراضي، ألا يرى إلى صحة هذا الحديث أيضاً لو كانت الأراضي موقوفة والأبنية عليها مملوكة اهـ. أقول: بل لا يخفى على من له أدنى تمييز أن الحديث المذكور يدل على ميراث الأرض أيضاً قطعاً. إذ قد ذكر فيه أنه عليه الصلاة والسلام قال «وهل ترك لنا عقيل من رباع أو دور»[3] والرباع جمع ربع وهو الدار بعينها حيث كانت والمحلة والمنزل، كذا في القاموس وغيره، ولا شك أن كلاً من الدار والمحلة والمنزل اسم لما يشمل البناء والعرصة التي هي الأرض، فكان معنى قوله عليه الصلاة والسلام «وهل ترك لنا عقيل من رباع أو دور ما ترك لنا شيئاً من البناء والأرض» وإذا كان وجه عدم تركه شيئاً من ذلك استيلاء على كل من ذلك بالإرث من أبي طالب كما ذكره الطحاوي في شرح الآثار دل الحديث المذكور قطعاً على ميراث الأرض أيضا، وإنما لا يدل على ذلك لو كان لفظ الحديث: وهل ترك لنا عقيل من بيوت[4]، وليس كذلك كما ترى، بل لا مجال أصلاً لأن يكون كذلك، إذ لو كان كذلك لما تم جواباً عن قول أسامة يا رسول الله انزل في دارك بمكة، فإن عدم ترك عقيل بيتاً باستيلائه على الأبنية وحدها لا يقتضي عدم تركه أرضاً أيضاً حتى لا يمكن النزول في عرصة داره أيضا، وهذا مع وضوحه كيف خفي على ذلك البعض. والعجب أنه قال في حاشية كتابه في هذا المقام: الرباع جمع ربع وهو الدار بعينها والمحلة والمنزل، كذا في القاموس انتهى. وقال في أصل كتابه: ولا يخفى عليك أن هذا الحديث لا يدل على ميراث الأرض قطعاً لاحتمال جريان الإرث على الأبنية دون الأراضي، ولم يلاحظ أنه على ذلك كيف يتم جواب النبي ﷺ بقوله: «وهل ترك لنا عقيل من رباع أو دور»[5] والله الهادي إلى سواء السبيل، وهو حسبي ونعم الوكيل.

. . . .

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٥٨٨ و ٣٠٥٨ و ٤٢٨٢ ومسلم ١٣٥١ من طرق وأبو داود ٢٩١٠ وابن ماجه ٢٩٤٢ و ٢٧٣٠ وعبد الرزاق ٩٨٥١ وابن حبان ٥١٤٩ وأحمد ٥/ ٢٠١. ٢٠٢ والطبراني في الكبير ٤١٢ و ٤١٣ والبيهقي ٥/ ١٦٠ و ٦/ ٢١٨ والطحاوي في المعاني ٤/ ٤٩. ٥٠ وفي المشكل ٣/ ١٩٨ والحاكم ٢/ ٦٠٢! من طرق كلهم من حديث أسامة أنه قال: يا رسول الله أتنزل في دارك بمكة؟ فقال: وهل ترك لنا عقيل من رباع مكة، أو دور. وكان عقيل ورث أبا طالب هو، وطالب، ولم يرثه جعفر ولا علي شيئاً لأنهما كانا مسلمين، وكان عقيل، وطالب كافرين.
زاد ابن حبان والطحاوي: فكان عمر بن الخطاب من أجل ذلك يقول: لا يرث المؤمن الكافر

(٢) تقدم قبل حديث.

(٣) حديث عقيل تقدم قبل حديثين.

(٤) هو المتقدم.

(٥) تقدم قبل ثلاثة أحاديث.

مسائل متفرقة

قال: **(ويكره التعشير والنقط في المصحف)** لقول ابن مسعود رضي الله عنه: جرّدوا القرآن، ويروى: جرّدوا المصاحف[١]. وفي التعشير والنقط ترك التجريد. ولأن التعشير يخلّ بحفظ الآي والنقط بحفظ الإعراب اتكالاً عليه فكره. قالوا: في زماننا لا بد للعجم من دلالة، فترك ذلك إخلال بالحفظ وهجران القرآن فيكون حسناً. قال: **(ولا بأس بتحلية المصحف)** لما فيه من تعظيمه. وصار كنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل. قال: **(ولا بأس بأن يدخل أهل الذمة المسجد الحرام)** وقال الشافعي: يكره ذلك. وقال مالك: يكره في كل

مسائل متفرقة

قوله: **(لا بأس بتحلية المصحف لما فيه من تعظيمه، وصار كنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل)** قال: قال صاحب العناية: يعني في فصل القراءة من الصلاة، وقد سبقه صاحب النهاية إلى التفسير بهذا الوجه. أقول: هذا سهو من الشارحين المذكورين لأن المصنف ما ذكره في فصل القراءة من الصلاة لا صريحاً ولا التزاماً، بل إنما ذكره في آخر باب ما يفسد الصلاة وما يكره فيها من كتاب الصلاة في فصل أوله: ويكره استقبال القبلة بالفرج في الخلاء يظهر ذلك بالنظر إلى محله قوله: **(للشافعي قوله تعالى ﴿إنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا﴾** التوبة الآية (٢٨)) قال تاج الشريعة في حلّ دلالة الآية على مدعي الشافعي: خص الله تعالى المسجد الحرام بالذكر فدل على أن النهي عن الدخول خاص في حقه، لأن «إنما» لحصر الحكم في الشيء أو لحصر الشيء في الحكم كقولنا إنما الطبيب زيد وإنما زيد طبيب اهـ أقول: إن قوله لأن إنما لحصر الحكم في الشيء أو لحصر الشيء في الحكم ليس بكلام مفيد ها هنا، لأن الخلاف في أن الكفاء هل يجوز لهم أن يدخوا المسجد أم لا، لا في أنهم نجس أم لا، وكلمة إنما في الآية المذكورة إنما هي في قوله تعالى ﴿إنما المشركون نجس﴾ التوبة (٢٨) لا في قوله تعالى ﴿فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا﴾ التوبة (٢٨) فتأثير الحصر الذي تفيده كلمة إنما هو في الجملة التي دخلت عليها كلمة إنما لا في الجملة الأخرى فلا يتم التقريب قوله: **(ولأن الكافر لا يخلو عن جناية لأنه لا يغتسل اغتسالاً يخرجه عنها، والجنب يجنب المسجد)** أقول: لا يذهب عليك أن هذا الدليل أو تمّ لدل على أن لا يدخل الكافر شيئا من المساجد، ومذهب الشافعي أنه لا يجوز دخول الكافر المسجد الحرام دون سائر المساجد، فلم يكن هذا الدليل ملائماً لمذهبه، وإنما كان مناسباً لمذهب مالك كما لا يخفى قوله: **(ولأن الخبث في اعتقادهم فلا يؤدي إلى تلويث المسجد)** قال بعض المتأخرين: ظاهره أن هذا دليل آخر ولا وجه له، فحق التعبير حذف التعليل ليكون إشارة إلى دفع أن يقال كيف أنزلهم في مسجده وقد وصفهم الله تعالى بكونهم أنجاساً انتهى. أقول: ليس ذلك بشيء، إذ لا شك في صحة أن يكون هذا دليلاً آخر عقلياً

مسائل متفرقة

التعشير: جعل العواشر في المصحف، وهو كتابة العلامة عند منتهى عشر آيات. واختلف في تفسير قوله: جرّدوا القرآن، فقيل المراد نقط المصاحف فيكون دليلاً على كراهة نقط المصاحف، وقيل هو أمر بتعلم القرآن وحده وترك الأحاديث، وقالوا: هذا باطل، وقيل هو حثّ على أن لا يتعلم شيء من كتب الله غير القرآن، لأن غيره إنما يؤخذ من اليهود والنصارى وليسوا بمؤتمنين عليها. وقوله: (وقد ذكرناه من قبل) يعني في فصل القراءة من الصلاة. وقوله: **(ولا بأس بعيادة اليهود والنصارى)** قيد بهما لأن في عيادة المجوس اختلافاً بين المشايخ رحمهم الله، فمنهم من قال: لا بأس به لأنهم من أهل الذمة، وهو المروى عن محمد رحمه الله، ومنهم من قال: هم أبعد عن الإسلام من اليهود والنصارى؛ ألا ترى أنه لا

---

(١) أثر ابن مسعود. ذكره الزيلعي في نصب الراية ٢٦٩/٤ وقال: رواه عبد الرزاق وابن أبي شيبة عن ابن مسعود موقوفاً. روياه من طرق عدة.

مسجد. للشافعي قوله تعالى ﴿إنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا﴾ ولأن الكافر لا يخلو عن جنابة لأنه لا يغتسل اغتسالاً يخرجه عنها. والجنب يجنب المسجد، وبهذا يحتج مالك، والتعليل بالنجاسة عام فينتظم المساجد كلها. ولنا ما روي «أن النبي عليه الصلاة والسلام أنزل وفد ثقيف في مسجده وهم كفار»[1] ولأن الخبث في اعتقادهم فلا يؤدي إلى تلويث المسجد. والآية محمولة على الحضور استيلاء واستعلاء أو طائفين عراة كما كانت عادتهم في الجاهلية. قال: (ويكره استخدام الخصيان) لأن الرغبة في استخدامهم حث الناس على هذا الصنيع وهو مثلة محرمة. قال: (ولا بأس بخصاء البهائم وإنزاء الحمير على الخيل) لأن في الأول منفعة للبهيمة والناس. وقد صح «أن النبيّ عليه الصلاة والسلام ركب البغلة»[2] فلو كان هذا الفعل حراماً لما ركبها لما فيه

لنا، فإن الخبث إذا كان في اعتقادهم لا يؤدي إلى تلويث المسجد فلا يكون في دخولهم المسجد بأس لا محالة، فقول ذلك البعض ولا وجه تحكم بحث كما لا يخفى، وكونه دليلاً مستقلاً على أصل المدعي لا ينافي أن يتضمن الجواب عن أن يقال: كيف أنزل النبي عليه الصلاة والسلام وفد ثقيف في مسجده وهم كفار وقد وصفهم الله تعالى بكونهم نجساً. كما حكى «أنه عليه الصلاة والسلام لما أنزلهم في مسجده وضرب لهم خيمة، قالت الصحابة: قوم أنجاس، فقال عليه الصلاة والسلام ليس على الأرض من أنجاسهم شيء، وإنما أنجاسهم على أنفسهم»[3] من عادة المصنف أنه يجعل كثيراً ما علة النص دليلاً مستقلاً عقلياً على أصل المسألة إفادة للفائدتين معاً، وما نحن فيه أيضا من ذلك القبيل. نعم يرد على ظاهر هذا الدليل أنه تعليل في مقابلة النص وهو قوله تعالى ﴿فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا﴾ التوبة الآية (٢٨) والتعليل في مقابلة النص غير صحيح على ما عرف في علم الأصول، فأجاب المصنف عنه بقوله والآية محمولة على الحضور استيلاء إلى آخره قوله: (ويكره استخدام الخصيان) قال العيني: والخصيان بضم الخاء مع خصيّ كالثنيان جمع ثني، وتبعه بعض المتأخرين. أقول: ما ذكراه ليس بصحيح،

يباح ذبيحة المجوس ونكاحهم بخلاف اليهود والنصارى، واختلفوا في عيادة الفاسق، والأصح أنه لا بأس به لأنه مسلم، والعيادة من حقوق المسلمين، وكلامه واضح. قال: (ومن كان في يده لقيط لا أب له الخ) ذكر في النهاية أن قوله لا أب له ليس بشرط لازم في حق هذا الحكم، لأنه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج هي عنده يعولها ولها أب فوهب لها أنها لو قبضت أو قبض لها أبوها أو زوجها أن ذلك جائز فلم يمتنع صحة قبض الزوج لها بقيام الأب، لأنه لما كان نفعاً محضاً كان

قال المصنف: (ولأن الكافر لا يخلو عن جنابة) أقول: هذا لا يخص المسجد الحرام قال المصنف: (والآية محمولة على الحضور استيلاء واستعلاء) أقول: أي على منعهم أن يدخلوها مستولين وعلى أهل الإسلام مستعلين، وأيضاً النهي تكويني لا تكليفي.

---

(١) حسن. أخرج أبو داود ٣٠٢٦ وأحمد ٢١٨/٤ كلاهما من طريق الحسن عن عثمان بن أبي العاص به وله قصة. قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٢٧٠: قال المنذري في مختصره: قيل: إن الحسن لم يسمع من ابن أبي العاص.
وأخرج أبو داود في مراسيله عن الحسن ورواه الطبراني من طريق آخر عن عطية بن سفيان الثقفي قال... فذكره اهـ قلت: و في مراسيل أبي داود برقم (١٧) فهذا الحديث بمجموعة هذه الروايات يصير حسناً والله أعلم.

(٢) صحيح. ورد في غزوة حنين ذكر ثبوت النبي ﷺ حين انهزم المسلمون، وهو على بغلة بيضاء، وأبو سفيان بن الحارث آخذ بلجامها يقوده. هو عند البخاري ٢٨٦٤ وكذا أخرجه البخاري ٢٨٧٤ من حديث البراء بن عازب وتقدم في الجهاد. وورد من حديث أنس فقد أخرج البخاري ٢٨٧١ و ٢٨٧٢ قال أنس: كانت ناقة النبي ﷺ يقال لها: العضباء.
زاد في روايته الثانية: لا تكادُ تُسْبَقُ.
وورد من حديث ابن عمر عند البخاري ٢٨٦٥
ومن حديث عمرو بن الحارث عند البخاري ٢٨٧٣
فهذا حديث بلغ حد الشهرة. وطرقه صحاح كلها.

(٣) هذا الخبر في مراسيل أبي داود برقم (١٧) عن الحسن مرسلاً دون لفظ: ليس على الأرض من أنجاسهم شيء. بل فيه قوله ﷺ: إن الأرض لا تنجس إنما ينجس ابن آدم.

من فتح بابه. قال: (**لا بأس بعيادة اليهودي والنصراني**) لأنه نوع بر في حقهم. وما نهينا عن ذلك. وقد صح «أن النبيّ عليه الصلاة والسلام عاد يهودياً مرض بجواره»[١]. قال: (**ويكره أن يقول الرجل في دعائه: أسألك بمقعد العز من عرشك**) وللمسئلة عبارتان: هذه، ومقعد العز، ولا ريب في كراهية الثانية لأنه من القعود. وكذا الأولى لأنه يوهم تعلق عزّه بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا بأس به. وبه أخذ الفقيه أبو الليث رحمه الله لأنه مأثور عن النبي عليه الصلاة والسلام. روي أنه كان من دعائه «اللهم إني أسألك بمقعد العزّ من عرشك. ومنتهى الرحمة من كتابك. وباسمك الأعظم وجدك الأعلى وكلماتك التامة»[٢] ولكنا نقول: هذا خبر واحد فكان الاحتياط في الامتناع (**ويكره أن يقول الرجل في دعائه بحق فلان أو بحق أنبيائك ورسلك**) لأنه لا حق للمخلوق على الخالق. قال: (**ويكره اللعب بالشطرنج والنرد والأربعة عشر وكل لهو**) لأنه إن قامر بها فالميسر حرام بالنص وهو اسم لكل قمار. وإن لم يقامر فهو عبث ولهو. وقال عليه الصلاة والسلام «لهو المؤمن باطل إلا الثلاث: تأديبه لفرسه ومناضلته عن قوسه. وملاعبته مع أهله»[٣] وقال بعض الناس: يباح اللعب

فإن المضبوط في عامة المعتبرات من كتب اللغة أن جمع خصيّ هو خصيان بكسر الخاء وخصية. قال في مختار الصحاح: والرجل خصيّ والجمع خصيان بالكسر وخصية انتهى. وأما كون الخصيان بالضم جمع خصي فلم يسمع من أئمة اللغة قوله: (**وكذا الأولى لأنه يوهم تعلق عزّه بالعرش وهو محدث، والله تعالى بجميع صفاته قديم**) قال بعض المتأخرين: يرد عليه أن حدوث تعلق صفتة تعالى بشيء حادث لا يوجب حدوث تلك الصفة لعدم توقفها على ذلك التعلق: فإن صفة العزّ ثابتة له تعالى أزلاً وأبداً، وعدم تعلقه بالعرش الحادث مثلاً قبل خلقه لا يستلزم انتفاء عزّه ولا نقصاناً فيه، كما أن عدم تعلق كمال قدرته بهذا العالم العجيب الصنع قبل خلقه لا يوجب عدم قدرته

تحقيق معناه في فتح باب الإصابة من كل وجه: من وجه الولاية ومن وجه العول والنفقة ومن وجه العقل والتمييز، فثبت أن عدم الأب ليس بلازم، كذا ذكره فخر الإسلام رحمه الله، وأموال القنية ما يكون للنسل لا للتجارة. وقوله: (**وإجارة الصغار**)

قال المصنف: (**لأنه إن قامر بها فالميسر حرام بالنص، وهو اسم لكل قمار، وإن لم يقامر فهو عبث ولهو**) أقول: ولذلك لم يعزر لو قال يا مقامر، لأن أبا يوسف قال في رواية: لا بأس باللعب بالشطرنج، كذا في المحيط للسرخسي في باب التعزير، وفي صحة التعليل كلام لا يخفى.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٣٥٦ و ٥٦٥٧ وأبو داود ٣٠٩٥ والبخاري في الأدب المفرد ٥٢٤ وابن حبان ٤٨٨٣ و ٤٨٨٤ وأبو يعلى ٣٣٥٠ وأحمد ٣/ ١٧٥ . ٢٢٧ . ٢٨٠ والبيهقي ٣/ ٣٨٣ و ٦/ ٢٠٦ والبغوي ٥٧ من طرق كلهم من رواية ثابت عن أنس قال: عاد النبي ﷺ يهودياً.
ورووه مطولاً ولفظه: أن غلاماً يهودياً كان يخدم النبي ﷺ، فمرض، فأتاه يعوده. فقال له النبي ﷺ: أسلم. فنظر إلى أبيه وهو جالس عند رأسه فقال له: أطعْ أبا القاسم. قال: فأسلم. قال: فخرج النبي ﷺ من عنده وهو يقول: الحمد لله الذي أنقذه من النار.

(٢) باطل لا أصل له. قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٢٧٢ رواه البيهقي في كتاب الدعوات الكبير وابن الجوزي في الموضوعات كلاهما من حديث ابن مسعود مرفوعاً: اثنتا عشرة ركعة تصليهنّ من ليل أو نهار، وتتشهد بين كل ركعتين، فإذا تشهدت في آخر صلاتك، فاثن على الله عز وجل، وصل على النبي ﷺ، واقرأ وأنت ساجد فاتحة الكتاب سبع مرات، وآية الكرسي سبع مرات وقل... الحديث وآخره: ولا تعلموها السفهاء فإنهم يدعون فيستجاب لهم.
قال ابن الجوزي: حديث موضوع بلا شك وإسناده مخبط كما ترى وفيه عمر بن هارون كذبه يحيى بن معين وقد صح أن النبي ﷺ نهى عن القراءة في السجود. هـ ووافقه الزيلعي وهو كما قالا والله تعالى أعلم.

(٣) جيد. أخرجه أبو داود ٢٥١٣ والترمذي بإثر حديث ١٦٣٧ والنسائي ٦/ ٢٢٢ . ٢٢٣ وفي الكبرى ٤٤٢٠ والطيالسي ١٠٠٧ وأحمد ٤/ ١٤٤ . ١٤٦ . ١٤٨ من طرق كلهم من حديث عقبة بن عامر. وإسناده جيد رجاله ثقات.
ولفظ النسائي: «إن الله يدخل بالسهم الواحد ثلاثة نفر الجنة صانع يحتسب في صنعه الخير، والرامي به، ومنبّله، وارموا، واركبوا، وأن ترموا أحب إليّ من أن تركبوا، وليس اللهو إلا في ثلاثة: تأديب الرجل فرسه، وملاعبته امرأته، ورميه بقوسه، ونبله، ومن ترك الرمي بعد ما علمه رغبة عنه فإنها نعمة كفرها أو قال: كفر بها».
وأخرجه الترمذي ١٦٣٧ بسنده عن عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي حسين وهذا مرسل عبد الله هذا تابعي ثقة وأخرجه الحاكم ٢/ ٩٥ من حديث أبي هريرة وصححه وضعفه الذهبي فالحديث جيد لشواهده.

بالشطرنج لما فيه من تشحيذ الخواطر وتذكية الأفهام، وهو محكى عن الشافعي رحمه الله. لنا قوله عليه الصلاة والسلام «من لعب بالشطرنج والنردشير فكأنما غمس يده في دم الخنزير»[1] ولأنه نوع لعب يصدّ عن ذكر الله وعن الجمع والجماعات فيكون حراماً لقوله عليه الصلاة والسلام «ما ألهاك عن ذكر الله فهو ميسر»[2] ثم إن قامر به تسقط عدالته، وإن لم يقامر لا تسقط لأنه متأوّل فيه. وكره أبو يوسف ومحمد التسليم عليهم تحذيراً لهم. ولم ير أبو حنيفة رحمه الله به بأساً ليشغلهم عما هم فيه. قال: **(ولا بأس بقبول هدية العبد التاجر وإجابة دعوته واستعارة دابته. وتكره كسوته الثوب وهديته الدراهم والدنانير)** وهذا استحسان. وفي القياس: كل ذلك باطل، لأنه تبرّع والعبد ليس من أهله. وجه الاستحسان «أنه عليه الصلاة والسلام قبل هدية سلمان رضي الله عنه حين كان عبداً»[3]، وقبل هديه بريرة رضي الله عنها وكانت مكاتبة»[4] وأجاب رهط من الصحابة رضي الله عنهم دعوة مولى أبي أسيد وكان عبداً، ولأن في هذه الأشياء ضرورة لا يجد التاجر بداً منها، ومن ملك شيئاً يملك ما هو من ضروراته، ولا ضرورة في الكسوة وإهداء الدراهم فبقي على أصل القياس. قال: **(ومن كان في يده لقيط لا أب له فإنه يجوز قبضه الهبة**

أو نقصاً فيه. وبالجملة التعلقات الحادثة مظاهر للصفات لا مبادلها، فالأولى في تقرير الدليل أن يقال كما قال صاحب الكافي لأنه يوهم تعلق عزّه بالعرش وأن عزّه حادث، والعزّ صفته القديمة حيث جعل لزوم كون عزّه حادثاً داخلاً في حيز الإيهام فتأمل، إلى هنا كلامه أقول إن صاحب الكافي وإن جعل لزوم كون عزّه حادثا داخلاً في حيز

في أكثر النسخ وهو رواية القدوري رحمه الله، وفي بعضها: وإجارة الأظآر وكلامه واضح. وقوله: **(ولا يجوز للملتقط أن يؤاجره)** هذا يناقض قوله وإجارة الصغار ظاهراً فمنهم من حمله على الروايتين فالأول على رواية القدوري كما مر والثاني على رواية الجامع الصغير. ومنهم من غير لفظ الكتاب إلى لفظ الأظآر كما مر. ومنهم من وفق بينهما فحمل جواز إجارته على ما إذا تحققت الضرورة بدليل وقوعه في النوع الذي فيه تعداد الضرورة وعدم جوازها على ما إذا لم يكن فيه ضرورة. وقوله:

---

(١) لا أصل له بهذا اللفظ. ذكره الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٣٧٤ وقال: غريب بهذا اللفظ والحديث في مسلم ليس فيه ذكر الشطرنج اهـ.
وافقه ابن حجر في الدراية ٢/ ٢٤٠.
وحديث مسلم هو عنده برقم ٢٢٦٠ وكذا أخرجه أبو داود ٤٩٣٩ وابن ماجه ٣٧٦٣ وابن أبي شيبة ٨/ ٧٣٥ وأحمد ٥/ ٣٥٢. ٣٥٧. ٣٦١ والبخاري في الأدب المفرد ١٢٧١ وابن حبان ٥٨٧٣ والبيهقي ١٠/ ٢١٤ والبغوي ٣٤١٥ من طرق كلهم من حديث بريدة مرفوعاً: من لعب بالنرد شير، فكأنما صبغ يده في لحم خنزير ودمه.
ورواية لابن حبان وغيره: غمس. بدل: صبغ.
قال الزيلعي: وذكر الشطرنج ورد في حديث أخرجه العقيلي في الضعفاء بسنده عن أبي هريرة قال: مرّ رسول الله ﷺ بقوم يلعبون الشطرنج فقال: ما هذه الكوبة؟ ألم أنهَ عنها؟ لعن الله من لعب بها. وأعله العقيلي بمطهر بن الهيثم. وقال: لا يصح حديثه، وشبل وعبد الرحمن مجهولان.
وذكره ابن حبان في الضعفاء، وأعله بمطهر، وقال: هو منكر الحديث.
ورواه ابن حبان من حديث واثلة بن الأسقع بلفظ آخر وقال: فيه محمد بن الحجاج منكر الحديث اهـ.
أنظر ضعفاء العقيلي ٣/ ٢٦١ برقم ١٨٦٣ والواهيات لابن الجوزي ٢/ ٧٨٣. وخبر الشطرنج واهٍ بمرة بل هو لا شيء. ولكن إن كان يصد عن ذكر الله، وعن الصلاة، فهو محرم. حيث وصف الله عز وجل الخمر، وغيره بهذا. فقال تعالى ﴿إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان﴾ ثم قال: ﴿ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون﴾.
(٢) مقطوع. قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٢٧٥: غريب مرفوعاً. وقد رواه أحمد في الزهد من قول القاسم بن محمد. وكذا رواه البيهقي في شعبه عن القاسم بنحوه اهـ.
ووافقه ابن حجر في الدراية ٢/ ٢٤٠ حيث قال: لم أره مرفوعاً.
قلت: فهو مقطوع لأنه قول التابعي كما هو مقرر في كتب المصطلح.
(٣) جيد. هو بعض حديث طويل في خبر إسلام سلمان الفارسي. أخرجه ابن حبان ٧١٢٤ وأحمد ٥/ ٤٣٨. ٤٤١. ٤٤٤ وابن سعد ٤/ ٧٥. ٨٠ وابن هشام في السيرة ١/ ٢٢٨ ـ ٢٣٥ والطبراني ٦٠٦٥ والبيهقي في دلائل النبوة ٢/ ٩٢ وأبو نعيم في دلائله (١٩٩) والذهبي في السير ١/ ٥٠٦ من طرق عن ابن إسحق عن عاصم بن عمر عن محمود بن لبيد عن ابن عباس عن سلمان، وإسناده قوي صرح ابن إسحق بالتحديث.
ورواية ابن حبان ليس فيها ابن إسحق
(٤) متفق عليه. تقدم في الطلاق. في خيار الحرة إن كان زوجها عبداً

والصدقة له) وأصل هذا أن التصرف على الصغار أنواع ثلاثة: نوع هو من باب الولاية لا يملكه إلا من هو ولي كالإنكاح والشراء والبيع لأموال القنية، لأن الولي هو الذي قام مقامه بإنابة الشرع، ونوع آخر ما كان من ضرورة حال الصغار وهو شراء ما لا بد للصغير منه وبيعه وإجارة الأظآر، وذلك جائز ممن يعوله وينفق عليه كالأخ والعم والأم والملتقط إذا كان في حجرهم. وإذا ملك هؤلاء هذا النوع فالوليّ أولى به، إلا أنه لا يشترط في حق الوليّ أن يكون الصبيّ في حجره، ونوع ثالث ما هو نفع محض كقبول الهبة والصدقة والقبض، فهذا يملكه الملتقط الأخ والعم والصبيّ بنفسه إذا كان يعقل، لأن اللائق بالحكمة فتح باب مثله نظراً للصبيّ فيملك بالعقل والولاية والحجر وصار بمنزلة الإنفاق. قال: **(ولا يجوز للملتقط أن يؤاجره، ويجوز للأم أن تؤاجر ابنها إذا كان في حجرها ولا يجوز للعم)** لأن الأم تملك إتلاف منافعه باستخدامه، ولا كذلك المتلقط والعم **(ولو أجر الصبيّ نفسه لا يجوز)** لأنه مشوب بالضرر **(إلا إذا فرغ من العمل)** لأن عند ذلك تمحض نفعاً فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور يؤاجر نفسه وقد ذكرناه. قال: **(ويكره أن يجعل الرجل في عنق عبده الراية)** ويرون الداية، وهو طوق الحديد الذي يمنعه من أن يحرّك رأسه، وهو معتاد بين الظلمة لأنه عقوبة أهل النار فيكره كالإحراق بالنار **(ولا يكره أن يقيده)** لأنه سنة المسلمين في السفهاء وأهل الدعارة فلا يكره في العبد تحرزاً عن إباقه وصيانة لما له. قال: **(ولا بأس بالحقنة يريد**

الإيهام إلا أنه علل إبهام أن عزّه حادث بتعلقه بالمحدث حيث قال: لأنه يوهم تعلق عزّه بالعرش وأن عزّه حادث لتعلقه بالمحدث، والعزّ صفته القديمة لم يزل موصوفاً به ولا يزال موصوفاً به انتهى، فكان مدار ما قاله صاحب الكافي أيضاً لزوم تعلق عزّه بالمحدث فلم يكن فرق بينه وبين ما قاله المصنف في ورود ما ذكره ذلك القائل، فلا معنى لقوله فالأولى في تقرير الدليل أن يقال كما قاله صاحب الكافي وإن لم يرد ذلك القائل قول صاحب الكافي لتعلقه بالمحدث فكون علة قوله وإن عزّه حادث تعلقه بالمحدث ظاهر وإن لم يصرح به، إذ لا شيء يصلح لأن يكون علة له سواه، وعن هذا ترى كل من بين وجه الكراهة في الدعاء المذكور من مشايخنا جعل المدار لزوم تعلق عزّه بالحادث. قال في المحيط: وأما باللفظ الأول فلأنه يوهم تعلق عزّه بالعرش وأن عزّه حادث إذ تعلق بالحدث والله تعالى متعال عن صفة الحدوث انتهى، وقال فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير: وإن كان من العقد وهو المعروف في هذا الدعاء فإنه يكره أيضاً لأنه يوهم تعلق عزّه بالعرش وأن عزّه حادث إذ تعلق بالمحدث والله تعالى عزيز لم يزل موصوفاً به ولا يزال موصوفاً به انتهى. إلى غير ذلك من عبارات المشايخ العظام في هذا المقام، ثم أقول في الجواب عما أورده ذلك البعض: الظاهر أن ماهربوا عنه ها هنا ليس إيهام مطلق تعلق عزّه

(ولا يجوز ذلك للعم) يعني وإن كان في حجره. وقوله: **(ولو آجر الصبيّ نفسه لا يجوز)** قال في النهاية: أي لا يلزم. وقوله وقد ذكرناه يعني في باب إجارة العبد. وقوله: **(ويكره أن يجعل في عنق عبده الراية)** راية الغلام غلّ يجعل في عنق الغلام علامة يعلم بها أنه آبق. قال في النهاية: وأما الداية بالدال فغلط، كذا في المغرب، قالوا: هذا كان في زمانهم عند قلة الإباق، أما في زماننا فلا بأس به لغلبة الإباق خصوصاً في الهنود. وقوله: **(يريد به التداوي)** احتراز عما لو أراد به التسمين فإنه لا يباح. وقوله وقد ورد بإباحة: أي بإباحة التداوي، الحديث. قال ﷺ «تداووا عباد الله فإن الله تعالى ما خلق

قال المصنف: **(ولا يجوز للملتقط أن يؤاجره)** أقول: ذكر المصنف في باب اللقيط أن هذه الرواية هي الأصح. وقال أكمل الدين: يناقض قوله وإجارة الصغار ظاهراً، فمنهم من حمله على الروايتين، ومنهم من غير لفظ الكتاب إلى لفظ الأظآر كما مر، ومنهم من وفق بينهما فحمل جواز إجارته على ما إذا تحققت الضرورة بدليل وقوعه في النوع الذي فيه تعداد الضرورة وعدم جوازها على ما إذا لم يكن فيه ضرورة انتهى. وقال العلامة الكاكي: أو نقول: المراد بقوله وإجارة الصغار تسليمهم للصناعة حتى يكون من جنس ما لا بد للصغار منه انتهى. وقد مر أنه يجوز في كتاب اللقيط قوله: **(فالأول على رواية القدوري كما مر)** أقول: في كتاب اللقيط قوله: **(فالأول احتراز عما لو أراد به التسمين فإنه لا يباح)** أقول: سبق من المصنف في فصل الوطء والنظر والمس أنه يجوز الحقنة للهزال الفاحش على ما روي عن أبي يوسف لأنه أمارة المرض، فإنه يدل على أن المختار تلك الرواية، ويجوز أن يقال: المراد ها هنا إرادة مجرد السمن بلا قصد التداوي، وفيما سبق ليس كذلك.

به التداوي) لأن التداوي مباح بالإجماع، وقد ورد بإباحته[(١)] الحديث، ولا فرق بين الرجال والنساء إلا أنه لا ينبغي أن يستعمل المحرم كالخمر ونحوها لأن الاستشفاء بالمحرم حرام. قال: **(ولا بأس برزق القاضي)** لأنه عليه الصلاة والسلام بعث عتاب بن أسيد إلى مكة وفرض له، وبعث علياً إلى اليمن وفرض له[(٢)] ولأنه محبوس لحق المسلمين فتكون نفقته في مالهم وهو مال بيت المال، وهذا لأن الحبس من أسباب النفقة كما في الوصيّ والمضارب إذا سافر بمال المضاربة، وهذا فيما يكون كفاية، فإن كان شرطاً فهو حرام لأنه استئجار على الطاعة، إذ القضاء طاعة بل هو أفضلها، ثم القاضي إذا كان فقيراً: فالأفضل بل الواجب الأخذ لأنه لا يمكنه إقامة فرض القضاء إلا به، إذ الاشتغال بالكسب يقعده عن إقامته، وإن كان غنياً فالأفضل الامتناع على ما قيل رفقاً ببيت المال. وقيل الأخذ وهو الأصح صيانة للقضاء عن الهوان ونظراً لمن يولي بعده من المحتاجين، لأنه إذا انقطع زماناً يتعذر إعادته ثم تسميته رزقاً يدل

تعالى بالمحدث، إذ قد تقرّر في علم أصول الدين أن ظهور المحدثات كلها وبروزها من كتم العدم إلى دائرة الوجود بحسب تعلق إرادة الله تعالى وقدرته بذلك، والحدوث إنما هو في التعلقات دون أصل الصفات، ولا نقصان في ذلك أصلاً بل هو كمال محض لا يخفى، فكذا الحال في صفة عزّه تعالى، وإنما مرادهم بما هربوا عنه إيهام تعلق عزّه تعالى بالمحدث تعلقاً خاصاً، وهو أن يكون ذلك المحدث مبدأ ومنشأ لعزّه تعالى كما يوهمه كلمة «من» في قوله «بمقعد العزّ من عرشك» إذ الظاهر المتبادر منها في بادىء الرأي أن تكون لابتداء الغاية حتى قال بعضهم: إن جميع معاني من راجعة إلى معنى ابتداء الغاية، ولا شك أن التعلق بالمحدث على الوجه الخاص المذكور غير متصوّر في عزّه تعالى ولا في صفة من صفاته تعالى أصلاً، وكيف لا يكون مرادهم هذا ولا محالة أنه لا ينبغي أن يخفى على أساطين الفقهاء ما تقرر في علم أصول الدين من جواز تعلق صفات الله بالمحدثات تعلق إفاضة، ألا ترى

داء إلا وقد خلق له دواء، إلا السام والهرم» والأمر بالتوكل محمول على التوكل عند اكتساب الأسباب، ثم التوكل بعده على الله تعالى دون الأسباب، قال الله تعالى لمريم ﴿وهزي إليك بجذع النخلة﴾ مع قدرته على أن يرزقها من غير هزّ، كذا ذكره فخر الإسلام رحمه الله. وقوله: **(إلا أنه لا ينبغي أن يستعمل المحرم كالخمر ونحوها لأن الاستشفاء بالمحرم حرام)** قيل إذا لم يعلم أن فيه شفاء فإن علم أن فيه شفاء وليس له دواء آخر غيره يجوز له الاستشفاء به. ومعنا قول ابن مسعود رضي الله

---

(١) صحيح. ورد في ذلك أحاديث منها ما أخرجه أحمد ٤/ ٢٧٨ والطيالسي ١٢٣٢ والحميدي ٨٢٤ وابن أبي شيبة ٨/ ٢ والبخاري في الأدب المفرد ٢٩١ وأبو داود ٣٨٥٥ والترمذي ٢٠٣٨ وابن ماجه ٣٤٣٦ والحاكم ٤/ ٤٠٠ وابن حبان ٦٠٦١ و ٦٠٦٤ والطبراني في الصغير ٥٥٩ والكبير ٤٦٣ و ٤٦٤ و ٤٦٥ والبيهقي ٩/ ٣٤٣ والبغوي ٣٢٢٦ من طرق كلهم عن زياد بن علاقة عن أسامة بن شريك مرفوعاً وفيه: تداوَوْا عباد الله، فإن الله لم يصنع داءً إلا وصنع له دواء. وله قصة.

قال الترمذي: حسن صحيح.

وقال الحاكم: صحيح الإسناد فقد رواه عشرة من ثقات المسلمين عن زياد بن علاقة.

وكذا صححه البوصيري في الزجاجة ورقه ٢١٣ ومن حديث ابن مسعود. أخرجه أحمد ١/ ٣٧٧. ٤١٣ والحميدي ٩٠ وابن ماجه ٣٤٣٨ والحاكم ٤/ ٣٩٩ وابن حبان ٦٠٦٢ والبيهقي ٩/ ٣٤٣ كلهم من حديث ابن مسعود: إن الله لم ينزل داءً إلا أنزل معه دواءً جَهِلَهُ من جهله، وعَلِمَهُ مَنْ عَلِمَهُ.

ومداره على عطاء بن السائب لكن رواه عنه عدة منهم الثوري، وابن عيينة، وقد سمعا منه قبل اختلاطه، فالحديث حسن. وفي الباب أحاديث.

(٢) غريب هكذا. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٢٨٦ وقد أخرج الحاكم ٣/ ٥٩٤ ـ ٥٩٥ من طريق مصعب بن عبد الله الزبيري قال: استعمل رسول الله ﷺ عتاباً على مكة، ومات رسول الله ﷺ، وعتاب عامله على مكة، وتوفي عتاب بمكة سنة (١٣) وأخرج الحاكم بسنده عن عتاب قال: ما أصبت في عملي هذا الذي، ولا في رسول الله ﷺ إلا ثوبين معقدين، فكسوتهما كيسان مولاي.

قال الزيلعي: وذكر أصحابنا أنه عليه الصلاة والسلام فرض له سنة أربعين أوقية، والأوقية أربعون درهماً.

قيل: رزقه مما أفاء الله عليه. وقيل: من المال الذي أخذه من نصارى نجران، والجزية التي أخذها من مجوس هجر. ثم ذكر الزيلعي آثاراً كثيراً في فرض نصيب من المال للعمال منهم القضاة، وغيرهم أنظر نصب الراية ٤/ ٢٨٦ ـ ٢٨٧ قال ابن حجر في الدراية ٢/ ٢٤٢: وأما إرسال علي إلى اليمن فتقدم في القضاء. وليس فيه: أنه فرض له.

على أنه بقدر الكفاية، وقد جرى الرسم بإعطائه في أول السنة لأن الخراج يؤخذ في أول السنة وهو يعطى منه، وفي زماننا الخراج يؤخذ في آخر السنة والمأخوذ من الخراج خراج السنة الماضية هو الصحيح، ولو استوفى رزق سنة وعزل قبل استكمالها، قيل هو على اختلاف معروف في نفقة المرأة إذا ماتت في السنة بعد استعجال نفقة السنة،

أن المحدثات كلها مظاهر صفات الله تعالى، وإنما المحال تعلق صفة الله تعالى بالحدث استفاضة منه فهو المهروب عن إيهامه فيما نحن فيه بلا ريب قوله: **(قال ومن كان في يده لقيط لا أب له فإنه يجوز قبضه الهبة والصدقة له)** قال في النهاية: اعلم أن قوله لا أب له ليس بشرط لازم في حق هذا الحكم لأنه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج هي عنده يعولها ولها أب فوهب لها أنها لو قبضت أو قبض لها أبوها أو زوجها أن ذلك جائز فلم يمتنع صحة قبض الزوج لها بقيام الأب فإنه لما كان نفعا محضاً كان تحقيق معناه في فتح باب الإصابة من كل وجه: من وجه الولاية ومن وجه العول والنفقة ومن وجه العقل والتمييز، فثبت أن عدم الأب ليس بلازم، كذا ذكره فخر الإسلام انتهى، وقد أطبقت كلمة سائر الشارح أيضا على أن عدم الأب ليس بلازم في حكم هذه المسألة، وإنما هو قيد اتفاقي، وعلل ذلك كلهم بما ذكر في كتاب الهبة من أن الصغيرة لو كانت عند زوجها يعولها ولها أب فقبض زوجها الهبة لها فإنه يجوز لكونه نفعاً محضاً فجاز قبض الهبة لها مع قيام الأب، غير أن صاحبي الكفاية والعناية ذكراه بطريق النقل عن النهاية وعن عداهما ذكروه من عند أنفسهم، أقول: قول الكل ليس بصحيح عندي، إذ الثابت مما ذكروه في كتاب الهبة إنما هو أن عدم الأب ليس بلازم في جواز قبض زوج الصغيرة الهبة لها إذا كانت عنده يعولها، لا أن عدم الأب ليس بلازم فيما نحن فيه، وهو جواز قبض الملتقط الهبة أو الصدقة للقيط الذي في يده لتحقق الفرق بين زوج الصغيرة وسائر من يعولها في جواز قبض الهبة لها عند وجود الأب كما مر في نفس الكتاب في كتاب الهبة متصلاً بالمسألة التي استشهدوا بها حيث قال: وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف لتفويض الأب أمورها إليه دلالة، بخلاف ما قبل الزفاف ويملك مع حضرة الأب، بخلاف الأم وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح، لأن تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الأب ومع حضرة الأب لا ضرورة انتهى تأمل ترشد. وقال بعض المتأخرين وقوله لا أب له: أي لا أب له معروف لا أن يكون أبوه حياً، وهو بيان للواقع فإن اللقيط لا يكون إلا كذلك لأنه في الشرع مولود طرحه أهله في الطريق خوفاً من العيلة أو فراراً من التهمة فلا يكون له أب معروف، فلا وجه لما قاله صاحب النهاية من أن قوله لا أب له ليس بشرط لازم في حق هذا الحكم، لأنه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج هي عنده يعولها ولها أب فوهب لها أنها لو قبضت أو قبض لها أبوها أو زوجها أن ذلك جائز، فلم يمتنع صحة قبض الزوج لها بقيام الأب، وذلك لأن وضع المسألة في اللقيط لا في الصغار مطلقاً، إلى هنا كلامه. أقول: ليس هذا أيضاً بصحيح، فإن مداره الغفول عما تقرر في كتاب اللقيط من أنه إذا ادعاه مدّع أنه ابنه يقبل قوله ويثبت نسبه منه فجاز أن يظهر له أب بعد الالتقاط فيصير كسائر الصغار الذين لهم أب فيتمشى ما ذكره صاحب العناية وغيره من جواز قبض الزوج له بقيام الأب فيما إذا كانت صغيرة مزوّجة وكانت عند زوجها يعولها، فلا وجه لنفي وجه ما قاله صاحب النهاية بناء على أن وضع المسألة في اللقيط لا في الصغار مطلقاً، ولا معنى لحمل قوله لا أب له في مسألة الجامع الصغير على بيان الواقع

عنه: إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرّم عليكم. يحتمل أن عبد الله قال ذلك في داء عرف له دواء غير المحرم، لأنه يستغني بالحلال عن الحرام. ويجوز أن يقال: تنكشف الحرمة عند الحاجة فلا يكون الشفاء بالحرام وإنما يكون بالحلال. قال: **(ولا بأس برزق القاضي الخ)** إذا قلد السلطان رجلاً القضاء لا بأس أن يعين له رزقاً بطريق الكفاية لا أن يشترط ذلك في ابتداء التقليد «لأن النبي عليه الصلاة والسلام بعث عتاب بن أسيد رضي الله عنه إلى مكة وفرض له أربعين أوقية في السنة» والأوقية

والأصح أنه يجب الردّ. قال: **(ولا بأس بأن تسافر الأمة وأم الولد بغير محرم)** لأن الأجانب في حق الإماء فيما يرجع إلى النظر والمسّ بمنزلة المحارم على ما ذكرنا من قبل، وأم الولد أمة لقيام الملك فيها وإن امتنع بيعها.

بأن يكون المراد لا أب له معروف لا أن لا يكون له أب في الحياة، لأنه إن كان المراد لا أب له معروف حين الالتقاط فهذا مع كونه بعيداً من اللفظ جداً لاحتياجه إلى التقييد مرتين يصير بمنزلة اللغو من الكلام في هذا المقام لا يليق بشأن الإمام الرباني محمد ذلك الهمام، وإن كان المراد لا أب له معروف أصلاً: أي لا حين الالتقاط ولا بعده فلا يصح أن يكون بياناً للواقع، إذ لا يلزم أن لا يكون اللقيط إلا كذلك فإنه قد يكون له أب معروف بعد الالتقاط بأن أدعى أحد أنه ابنه وشاع ذلك فإنه مقبول في الشرع كما مر، ولا فرق بينه وبين سائر الأولاد الذين يحتاج ثبوت نسبهم إلى دعوة الأب كما في المولود من أمته. فالحق عندي أن قوله لا أب له قيداً احترازي عن اللقيط الذي كان له أب حاضر فإنه لا يجوز ممن كان في يده مثل ذلك اللقيط أن يقبض الهبة أو الصدقة له على موجب ما مر في كتاب الهبة من أن زوج الصغيرة يملك قبض الهبة لها بعد الزفاف مع حضرة الأب لتفويض الأب أمورها إليه دلالة، بخلاف الأم وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح، لأن تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الأب، ومع حضرة الأب لا ضرورة انتهى. إذ لا شك أن الملتقط داخل في كلية قوله وكل من يعولها غيرها. فلزم أن لا يملك قبض الهبة للصغيرة التي كانت في يده وعوله كما لا يخفى فتبصر، والله الموفق للصواب.

بالتشديد أربعون درهماً. وتكلموا في أنه ﷺ من أيّ مال رزقه ولم تكن يومئذٍ الدواوين ولا بيت المال، فإن الدواوين وضعت في زمن عمر رضي الله عنه، فقيل إنما رزقه من الفيء، وقيل من المال الذي أخذه من نصارى نجران ومن الجزية التي أخذها من مجوس هجر. وقوله: **(على اختلاف معروف في نفقة المرأة)** يعني على قول محمد رحمه الله يجب ردّ حصة ما بقي من السنة، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله لا يجب. قاسوا على نفقة الزوجة إذا استعجلت نفقة السنة فمات الزوج في نصف السنة ردّت نفقة ما بقي عند محمد خلافاً لأبي يوسف. وقوله: **(ولا بأس أن تسافر الأمة إلى آخره)** قيل هذا كان في الابتداء. أما الآن فيكره ذلك لغلبة أهل الفسوق. وقوله: **(على ما ذكرنا من قبل)** إشارة إلى ما ذكر من قبل فصل الاستبراء بقوله وأما الخلوة بها والمسافرة فقد قيل يباح كما في المحارم.

كتاب إحياء الموات

قال: (**الموات ما لا ينتفع به من الأراضي لانقطاع الماء عنه أو لغلبة الماء عليه أو ما أشبه ذلك مما يمنع الزراعة**) سمي بذلك لبطلان الانتفاع به. قال: (**فما كان منها عادياً لا مالك له أو كان مملوكاً في الإسلام لا يعرف له ملك بعينه وهو بعيد من القرية بحيث إذا وقف إنسان من أقصى العامر فصاح لا يسمع الصوت فيه فهو موات**) قال

كتاب إحياء الموات

قال جمهور الشراح: مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية يجوز أن تكون من حيث أن في مسائل هذا الكتاب ما يكره وما لا يكره انتهى. وقال الشارح العيني بعد نقل قولهم المذكور: وهذا ليس بشيء، لأنه قل كتاب من الكتب يخلو عما يكره وما لا يكره انتهى، أقول: بل ما ذكره نفسه في الردّ عليهم ليس بشيء. لأن ما ذكروا في ترتيب الكتب السابقة واللاحقة من المناسبات ملحوظة فيما ذكروا ها هنا من المناسبة بين هذا الكتاب وكتاب الكراهية، ولا ريب أن الحيثية المذكورة ها هنا مع ملاحظة تلك المناسبات تقتضي ذكر هذا الكتاب عقيب كتاب الكراهية دون غيره، إذ لو غير ذلك لفات بعض من المناسبات السابقة أو اللاحقة وليكن هذا المعنى على ذلك منك فإنه ينفعك في مواضع شتى قوله: (**الموات ما لا ينتفع به من الأراضي لانقطاع الماء عنه أو لغلبة الماء عليه أو ما أشبه ذلك مما يمنع الزراعة**) قال بعض الفضلاء: هذا تعريف بالأعم لصدقه على ماله مالك معروف، لكن لا ينتفع به لأحد الأمور المذكورة، ولك أن تقول: هذا تفسير المعنى اللغوي انتهى. أقول: توجيهه الذي ذكره بقوله ولك أن تقول إلى آخره ليس بتام، فإنّ قيد أن لا يكون له مالك معتبر في معناه اللغوي أيضاً. قال في الصحاح: والموات بالفتح ما لا روح فيه، والموات أيضاً الأرض التي لا مالك لها من الآدميين ولا ينتفع بها أحد انتهى، وقال في القاموس: والموات كغراب الموت وكسحاب ما لا روح فيه وأرض لا مالك لها انتهى. فعلى تقدير أن يحمل في الكتاب على تفسير المعنى اللغوي يكون تفسيراً بالأعم أيضاً. أصل المعنى اللغوي للموات ما لا روح فيه. والذي ذكره في الصحاح والقاموس ثانية هو معناه العرفي أو الشرعي فلم يكن قيد أن لا يكون له مالك معتبراً في معناه اللغوي. لأنا نقول: الظاهر المتبادر من أن يذكر معنى اللفظ في كتب اللغة بلا إضافة إلى العرف أو الشرع أن يكون ذلك المعنى معناه اللغوي، سيما من قيد أيضاً في قوله في الصحاح: والموات أيضاً الأرض التي لا مالك لها، وإن لم يكن الأمر كذلك فيما نحن فيه بل كان معناه اللغوي هو الذي ذكر أولاً، فلا شك أن ما لا روح فيه أعم من

كتاب إحياء الموات

مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية يجوز أن تكون من حيث أن في مسائل هذا الكتاب ما يكره وما لا يكره، ومن محاسنه التسبب للخصب في أقوات الأنام ومشروعيته بقوله ﷺ «من أحيا أرضاً ميته فهي له» وشروطه ستذكر في أثناء الكلام. وسببه تعلق البقاء المقدر كما مر غير مرة. وحكمة تملك المحيي ما أحياه. قال: (**الموات ما لا ينتفع به من الأراضي**) شبه ما لا ينتفع به من الأراضي لانقطاع الماء عنه أو لغلبة الماء عليه أو ما أشبه ذلك بأن غلب عليه الرمال أو صار سبخة بالميت من

كتاب إحياء الموات

قال المصنف: (**الموات ما لا ينتفع به من الأراضي**) أقول: تعريف بالأعم لصدقه على ماله مالك معروف لكن لا ينتفع به لأحد الأمور المذكورة، ولك أن تقول: هذا تفسير المعنى اللغوي قال المصنف: (**ومعنى العادي ما قدم خرابه**) أقول: لا أن يكون منسوباً إلى عاد، وينسب كل أثر قديم إليهم لتقدمهم. قال عليه الصلاة والسلام «عادى الأرض لله ورسوله، ثم هو بعد منى لكم» رواه سعيد بن منصور وأبو عبيد، كذا في شرح الكاكي، وفي كلامه تناقض ظاهر. والظاهر أن مراده من قوله لا أن يكون منسوباً إلى عاد انتساب الملكية قوله: (**فيدار الحكم عليه: أي على القرب**) أقول: أي القرب مرجع لضمير عليه حكمي: أي مذكور حكماً لانفهامه من قوله قريباً، كقوله تعالى: ﴿اعدلوا هو أقرب للتقوى﴾.

رضي الله عنه: هكذا ذكره القدوري، ومعنى العادي ما قدم خرابه. والمروى عن محمد رحمه الله أن يشترط أنه لا يكون مملوكاً لمسلم أو ذمي مع انقطاع الارتفاق بها ليكون ميتة مطلقاً، فأما التي هي مملوكة لمسلم أو ذمي لا تكون مواتاً، إذا لم يعرف مالكه يكون لجماعة المسلمين، ولو ظهر له مالك يردّ عليه ويضمن الزارع نقصانها، والبعد عن القرية على ما قاله شرطه أبو يوسف، لأن الظاهر أن ما يكون قريباً من القرية لا ينقطع ارتفاق أهلها عنه فيدار الحكم عليه. ومحمد رحمه الله اعتبر انقطاع ارتفاق أهل القرية عنها حقيقة وإن كان قريباً من القرية، كذا ذكره الإمام المعروف بخواهر زاده رحمه الله، وشمس الأئمة السرخسي رحمه الله اعتمد على ما اختاره أبو يوسف رحمه الله **(ثم من أحياه بإذن الإمام ملكه، وإن أحياه بغير إذنه لم يملكه عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: يملكه)** لقوله عليه الصلاة والسلام «من أحيا أرضاً ميتة فهي له»[1] ولأنه مال مباح سبقت يده إليه فيملكه كما في الحطب والصيد.

الأرض التي لا ينتفع بها بل من مطلق الأرض، فعلى تقدير أن يحمل ما في الكتاب على تعريف المعنى اللغوي يكون تعريفاً بالأخص، وهو ليس بأقل قبحاً من التعريف بالأعم. وبهذا الذي ذكرنا يظهر أنه يشكل أيضاً ما ذكره تاج الشريعة وصاحب الكفاية في شرح هذا المقام حيث قالا: قوله الموات ما لا ينتفع به من الأرض تحديد لغوي، وزيد عليه في الشرع أشياء أخر بيانها في قوله فما كان عادياً لا مالك له أو كان مملوكاً في الإسلام لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية، بحيث إذا وقف إنسان في أقصى العامر فصاح لا يسمع صوته فهو موات انتهى. تأمل تقف قوله: **(ولأبي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام «ليس للمرء إلا ما طابت نفس إمامه به»[2])** أقول: لقائل أن يقول: إن اعتبر عموم الحديث يلزم أن لا يملك أحد شيئا من الأملاك بغير إذن الإمام مع ظهور خلافه، إذ لا شك أن كل أحد يستبد في التملك بالبيع والإجارة والهبة والإرث والوصية وتحولها من أسباب الملك من غير توقف على إذن الإمام وإن لم يعتبر عمومه لا يتم المطلوب ها هنا. فإن قلت: عمومه غير معتبر بل هو مختص بما يحتاج فيه إلى رأي الإمام، وما ذكرنا من أسباب الملك لا يحتاج فيه إلى رأي الإمام، بخلاف ما نحن فيه، قلت: كون

الحيوان الذي بطلت منافعه فسمي مواتاً، وإحياؤه عبارة عن جعله بحيث ينتفع به. قوله: **(فما كان منها عادياً)** ليس المراد به ما يقتضيه ظاهر لفظه من أن يكون منسوباً إلى عاد، لأن عاداً لم يملك جميع أراض الموات، ولكن مراده ما قدم خرابه كما ذكر في الكتاب. وقوله: **(أو كان مملوكاً في الإسلام لا يعرف له مالك بعينه)** قول بعض المشايخ رحمهم الله. وقال بعضهم: الأراضي المملوكة إذا انقرض أهلها فهي كاللقطة. وقوله: **(وإذا لم يعرف مالكه)** من تتمة قول محمد رحمه الله. وقوله: **(فيدار الحكم عليه)** أي على القرب مرجع حكمي يفهم من قوله قريباً. وقوله: **(ثم من أحياه)** واضح. وقوله: **(وما روياه يحتمل أنه إذن لقوم لا نصب لشرع)** تقريره أن المشروعات على نوعين: أحدهما نصب الشرع. والآخر إذن بالشرع. فالأول كقوله ﷺ «من قاء أو رعف في صلاته فلينصرف» والآخر كقوله ﷺ «من قتل قتيلاً فله سلبه» أي للإمام أن يأذن للغازي بهذا القول، فكان ذلك منه عليه الصلاة والسلام إذناً لقوم معينين، فيجوز أن يكون قوله عليه الصلاة والسلام «من أحيا أرضاً مواتاً فهي له» من ذلك القبيل. وحاصله أن ذلك يحتمل التأويل، وما ذكره أبو حنيفة رحمه الله مفسر لا يقبله فكان راجحاً، وفيه وجه آخر وهو أن قوله عليه الصلاة والسلام «من أحيا أرضاً ميته فهي له» يدل على السبب فإن الحكم إذا ترتب على مشتق دلّ

---

(١) صحيح. أخرجه الترمذي ١٣٧٩ وأحمد ٣/ ٣٠٤. ٣٣٨ وابن حبان ٥٢٠٥ وأبو يعلى ٢١٩٥ كلهم من حديث جابر زاد ابن حبان: وما أكلت العوافي منها، فهوله صدقة. قال الترمذي عقب حديثه: حسن صحيح.

وأخرجه أبو داود ٣٠٧٣ والترمذي ١٣٧٨ وأبو يعلى ٩٥٧ من حديث سعيد بن زيد. ووصفه الحافظ في الفتح ٥/ ١٩ بأنه شاهد قوي. وأخرج البخاري ٢٣٣٥ بسنده عن عروة عن عائشة عن النبي ﷺ قال: من أعمر أرضاً ليست لأحد، فهو أحق.

قال عروة: قضىٰ به عمر في خلافته.

فهذا شاهد صحيح يرقىٰ بحديث الباب إلىٰ درجة الصحيح. والله تعالىٰ أعلم.

(٢) تقدم في السير. رواه الطبراني من حديث معاذ وفيه ضعف كما قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٢٩٠

ولأبي حنيفة رحمه الله قوله عليه الصلاة والسلام «ليس للمرء إلا ما طابت نفس إمامه به» وما روياه يحتمل أنه إذن لقوم لا نصب لشرع، ولأنه مغنوم لوصوله إلى يد المسلمين بإيجاف الخيل والركاب فليس لأحد أن يختص به بدون إذن الإمام كما في سائر الغنائم. ويجب فيه العشر. لأن ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز إلا إذا سقاه بماء الخراج، لأنه حينئذٍ يكون إبقاء الخراج على اعتبار الماء، فلو أحياها ثم تركها فزرعها غيره فقد قيل الثاني أحق

التملك فيما نحن فيه مما يحتاج فيه إلى رأي الإمام أول المسألة فيلزم المصادرة على المطلوب قوله: **(وما روياه يحتمل أنه إذن لقوم لا نصب لشرع)** تقريره: إن المشروعات على نوعين: أحدهما نصب الشرع، والآخر إذن بالشرع، فالأول كقوله عليه الصلاة والسلام «من قاء أو رعف في صلاته فلينصرف»[1] والآخر كقوله عليه الصلاة والسلام: «من قتل قتيلاً فله سلبه»[2] أي للإمام ولاية يأذن للغازي بهذا القول فكان ذلك من النبيّ ﷺ إذناً لقوم معينين وتحريضاً على القتال لا نصب شرع، فكذلك في يومنا هذا من قتل قتيلاً لا يكون سلبه له إلا أن يأذن الإمام به، فيجوز أن يكون قوله عليه الصلاة والسلام «من أحيا أرضاً ميتة فهي له»[3] من ذلك القبيل وحاصله أن ذلك الحديث يحتمل التأويل، وما ذكره أبو حنيفة رحمه الله مفسر لا يقبل التأويل فكان راجحاً، كذا في العناية وغيرها قال تاج الشريعة: فإن قلت: ما رواه عام خص منه الحطب والحشيش، وما روياه لم يخص فيكون العمل به أولى، قلت: ما ذكر لبيان أنه لا يجوز الافتيات على رأي الإمام والحطب والحشيش لا يحتاج فيهما إلى رأي الإمام فلم يتناولهما عموم الحديث فلم يصر مخصوصاً، والأرض مما يحتاج فيها إلى رأي الإمام لأنها صارت من الغنائم بإيجاف الخيل وإيضاع الركاب كسائر الأموال فكان ما قلنا أولى انتهى. واقتفى أثره صاحب الكفاية والعيني، أقول: كل من السؤال والجواب ليس بسديد، أما الأول فلأن كون ما رواه عاماً خص منه الحطب والحشيش إنما يقتضي كون العمل بما روياه أولى لكونه مما يخص أن لو خص الحطب والحشيش مما رواه بكلام موصول به، إذ يصير العام الذي خص منه البعض حينئذٍ ظنيا كما عرف علم الأصول، وأما إذا خص الحطب والحشيش من ذلك بما هو مفصول عنه يلزم أولوية العمل بما روياه، إذ يصير العام حينئذٍ منسوخا في القدر الذي تناوله الخاص ويصير قطعياً في الباقي كسائر القطعيات كما تقرر في علم الأصول أيضا، ولا شك أن تخصيص الحطب والحشيش مما رواه ليس بكلام موصول به، بل إنما هو دليل آخر مفصول عنه. وأما الثاني فلأن كون الأرض مطلقاً مما يحتاج فيه إلى رأي الإمام أول المسألة لم يقل به الإمامان في الأرض الموات، فبناء الجواب عليه يؤدي إلى المصادرة، فإن قيل: إنما يؤدي إلى المصادرة لو لم يستدل عليه بقوله لأنها صارت من الغنائم الخ. قلنا: كونها من الغنائم دليل آخر عقلي لأبي حنيفة مذكور في الكتاب بعده، والكلام الآن في تمشية الدليل النقلي، فبالمصير إلى ذلك الدليل العقلي هنا يلزم خلط الدليلين ولا يخفى ما فيه قوله: **(يجب فيه العشر لأن ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز)** أقول: في هذا التعليل شيء، وهو أنه سيجيء في الكتاب أن المسلم والذمي مستويان في حكم إحياء الأرض الموات، والتعليل المذكور إنما يتمشى في حق المسلم دون الذمي فتأمل قوله: **(والأصح أن الأول ينزعها من الثاني لأنه ملكها بالإحياء على ما نطق به الحديث، إذ الإضافة فيه بلام التمليك. وملكه لا يزول بالترك)** قال في العناية: ولقائل أن

علية المشتق منه لذلك الحكم، وليس فيه ما يمنع كونه مشروطاً بإذن الإمام. وقوله عليه الصلاة والسلام «ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه» يدل على ذلك. وقوله: **(والأصح أن الأول ينزعها من الثاني)** بيانه أن المشايخ رحمهم الله اختلفوا في أن إحياء الموات يثبت ملك الاستغلال أو ملك الرقبة، فذهب بعضهم منهم الفقيه أبو القاسم أحمد البلخي رحمه الله إلى الأول

---

(١) تقدم في الصلاة باب ما تبطل به الصلاة.
(٢) متفق عليه من حديث أبي قتادة، وقد تقدم في الجهاد في الغنائم.
(٣) تقدم قبل ثلاثة أحاديث مستوفياً، وهو صحيح.

بها، لأن الأوّل ملك استغلالها لا رقبتها، فإذا تركها كان الثاني أحق بها. والأصح أن الأوّل ينزعها من الثاني لأنه ملكها بالإحياء على ما نطق به الحديث، إذ الإضافة فيه بلام التمليك وملكه لا يزول بالترك. ومن أحيا أرضاً ميتة ثم أحاط الإحياء بجوانبها الأربعة نفر على التعاقب؛ فعن محمد أن طريق الأول في الأرض الرابعة لتعينها لتطرقه وقصد الرابع إبطال حقه. قال: (**ويملك الذمي بالإحياء كما يملكه المسلم**) لأن الإحياء سبب الملك، إلا أن عند أبي حنيفة رحمه الله إذن الإمام من شرطه فيستويان فيه كما في سائر أسباب الملك على الاستيلاء على أصلنا قال: (**ومن**

يقول: الاستدلال بهذا الحديث على مذهبهما صحيح. وأما على مذهب أبي حنيفة ففيه نظر، لأنه حمله على كونه إذناً لا شرعاً فكيف يصح الاستدلال به، والجواب أنه وإن كان إذناً لكنه إذا أذن له الإمام كان شرعاً؛ ألا يرى أن من قال له الإمام من قتل قتيلاً فله سلبه ملك سلب من قتله انتهى. واعترض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال: فيه بحث، فبينهما فرق لوجود دلالة التمليك في لفظ الإمام هنا، بخلاف الإذن في الإحياء فإنه لا يلزم أن يكون بلفظ التمليك انتهى، أقول: الفرق الذي ذكره ليس بتام، لأن لام التمليك مذكورة في كل من الحديثين الواردين في المقامين، فإذا كان كل منهما محمولاً على الإذن فجعل وجود لفظ التمليك شرطاً في إذن الإمام في أحد المقامين دون الآخر تحكم بحت لم يسمع ذلك من أئمة الشرع قوله: (**ومن حجر أرضاً ولم يعمرها ثلاث سنين أخذها الإمام ودفعها إلى غيره**) والأصل في ذلك أن المشايخ اختلفوا في كون التحجير مفيداً للملك، فمنهم من قال يفيد ملكاً مؤقتاً إلى ثلاث سنين، ومنهم من قال لا يفيد، وهو مختار المصنف أشار إليه بقوله هو الصحيح. قيل وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا جاء إنسان آخر قبل مضي ثلاث سنين وأحياه. فإنه ملكه على الثاني ولم يملكه على الأول، وجه الأول ما روي عن عمر رضي الله عنه: ليس لمتحجر حق بعد ثلاث سنين[1]. نفي الحق بعد ثلاث سنين فيكون له الحق في ثلاث سنين، والمطلق ينصرف إلى الكامل، والحق الكامل هو الملك، ووجه الصحيح ما ذكر في الكتاب، والجواب عن استدلالهم أن ذلك مفهوم وهو ليس بحجة، كذا في العناية، وأورد عليه بعض الفضلاء وأجاب حيث قال: وأنت خبير بأن المصنف استدل على الترك ثلاث سنين بهذا الطريق، وجوابه أن ثبوت الحق ليس بالحديث بل بالإجماع انتهى. أقول: جوابه ليس بسديد، إذ لو لم يكن ثبوت الحق في ثلاث سنين بالحديث بل بالإجماع لما قال المصنف وإنما شرط ترك ثلاث سنين لقول عمر رضي الله عنه: ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين

قياساً على من جلس في موضع مباح فإن له الانتفاع به، فإذا قام عنه وأعرض بطل حقه، وعامتهم إلى الثاني استدلالاً بالحديث، فإنه أضاف بلام التمليك في قوله فهي له وملكه لا يزول بالترك. ولقائل أن يقول: الاستدلال بهذا الحديث على مذهبهما صحيح، وأما على مذهب أبي حنيفة رحمه الله ففيه نظر، لأنه حمله على كونه إذناً لا شرعاً فكيف يصح الاستدلال به. والجواب أنه وإن كان إذناً له لكنه إذا أذن له الإمام كان شرعاً؛ ألا ترى أن من قال له الإمام من قتل قتيلاً له سلبه ملك سلب من قتله. وقوله: (**لتعينها لتطرقه**) لأنه حين سكت عن الأول والثاني والثالث صار الباقي طريقاً له، فإذا أحياه الرابع فقد

قوله: (**وأما على مذهب أبي حنيفة ففيه نظر، لأنه حمله على كونه إذناً**) أقول: لم يحمل عليه، بل قال: يحتمل أن يكون إذناً، لكن الاحتمال كاف في إيراد السؤال قوله:-(**لكنه إذا أذن له الإمام كان شرعاً؛ ألا يرى أن من قال له الإمام: من قتل قتيلاً فله سلبه، ملك سلب من قتله**) أقول: فيه بحث، فبينهما فرق لوجود دلالة التمليك في لفظ الإمام هنا، بخلاف الإذن في الإحياء فإنه لايلزم أن يكون بلفظ التمليك.

---

(١) أثر عمر. قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٢٩٠ رواه أبو يوسف في كتاب الخراج عن عمر موقوفاً.
وفيه الحسن بن عمارة ضعيف، وابن المسيب عن عمر في روايته عنه كلام.
وروىٰ ابن زنجويه في كتاب الأموال بسنده عن عمرو بن شعيب أن عمر قال: من كانت له أرض، فعطلها ثلاث سنين لا يعمرها فعمرها غيره، فهو أحق بها اهـ.
قال ابن حجر في الدراية ٢/ ٢٤٥: هذا مرسل رجاله ثقات.

حجر أرضاً ولم يعمرها ثلاث سنين أخذها الإمام ودفعها إلى غيره) لأن الدفع إلى الأول كان ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر أو الخراج، فإذا لم تحصل يدفع إلى غيره تحصيلاً للمقصود، ولأن التحجير ليس بإحياء ليملكه به. لأن الإحياء إنما هو العمارة والتحجير الإعلام، سمي به لأنهم كانوا يعلمونه بوضع الأحجار حوله أو يعلمونه لحجر غيرهم عن إحيائه فبقي غير مملوك كما كان هو الصحيح. وإنما شرط ترك ثلاث سنين لقول عمر رضي الله عنه: ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق. ولأنه إذا أعلمه لا بد من زمان يرجع فيه إلى وطنه وزمان يهيء أموره فيه ثم زمان يرجع فيه إلى ما يحجره فقدرناه بثلاث سنين، لأن ما دونها من الساعات والأيام والشهور لا يفي بذلك، وإذا لم يحضر بعد انقضائها فالظاهر أنه تركها. قالوا: هذا كله ديانة، فأما إذا أحياها غيره قبل مضيّ هذه المدة ملكها لتحقيق الإحياء من دون الأول وصار كالاستيام فإنه يكره، ولو فعل يجوز العقد. ثم التحجير قد يكون بغير الحجر بأن غرز حولها أغصاناً يابسة أو نقى الأرض وأحرق ما فيها من الشوك أو خضد ما فيها من الحشيش أو

حق[1] فإن حاصله الاستدلال بمفهوم الحديث المذكور على ثبوت حق المتحجر قبل ثلاث سنين، إذ هو المقتضي اشتراط ترك ثلاث سنين، ومدار ما أورده على أن استدلال المصنف بمفهوم ذلك الحديث ليس بتام لعدم كون المفهوم حجة عندنا يدفعه الجواب المزبور قوله: **(لأن الدفع إلى الأول كان ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر أو الخراج. فإن لم تحصل يدفعه إلى غيره تحصيلاً للمقصود)** أقول: لقائل أن يقول: لو تم هذا التعليل لاقتضى أن يأخذها الإمام ويدفعها إلى الغير بعد الإحياء أيضاً إذا لم يزرعها ثلاث سنين تحصيلاً لمنفعة المسلمين من حيث العشر أو الخراج وتخليصاً لها عن التعطيل. فإن قلت: يملكها الإنسان بالإحياء ولا يملكها بمجرد التحجير بل يصير أحق بالتصرف فيها من الغير، والإمام لا يقدر أن يدفع مملوك أحد إلى غيره لانتفاع المسلمين ويقدر أن يدفع غير مملوك اليد لذلك. قلت: فحينئذٍ يلزم المصير إلى التعليل الثاني الذي ذكره بقوله ولأن التحجير ليس بإحياء ليملكه به فلا يكون التعليل الأول مفيداً للمدعي بدون الثاني مع أن أسلوب تحريره يأبى ذلك كما ترى قوله: **(لتحقق حاجتهم إليها حقيقة أو دلالة على ما بيناه)** قال عامة الشراح في حل هذا التعليل: لتحقق حاجتهم إليها حقيقة: أي عند محمد رحمه الله، أو دلالة: أي عند أبي يوسف رحمه الله. وقال صاحب معراج الدراية بعد نقل ذلك: أراد بقوله على ما بيناه قوله ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاق أهل القرية عنها حقيقة الخ. واقتفى أثره صاحب العناية والشارح العيني، أقول: لم يصب هؤلاء الثلاثة من الشراح في حملهم مراد المصنف بقوله على ما بيناه على ما ذكروا. إذ الظاهر أن مراد المصنف بقوله المزبور مجموع ما ذكره فيما مرّ بقوله والبعد عن القرية على ما قال شرطه أبو يوسف، لأن الظاهر أن ما يكون قريباً من القرية لا ينقطع ارتفاق أهلها عنه فيدار الحكم عليه ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاق أهل القرية عنها حقيقة وإن كان قريباً من القرية انتهى. إذ يصير قوله على ما بيناه حينئذٍ ناظراً إلى مجموع قوله لتحقق حاجتهم إليها حقيقة أو دلالة فيحسن، وأما على ما ذكره هؤلاء الشراح فيصير قوله المزبور

أحيا طريقه من حيث المعنى فيكون له فيه طريق. قال: **(ويملك الذمي بالإحياء)** المسلم والذمي في تملك ما أحياه سواء لاستوائهما في السبب، والاستواء في السبب يوجب الاستواء في الحكم كما في سائر أسباب الملك حتى الاستيلاء، فإن الكافر يملك مال المسلم بالاستيلاء على أصلنا كالمسلمين قوله: **(ومن حجر أرضاً)** يجوز أن يكون من الحجر بفتح الجيم وسكونه، ومعنى الأول أعلم بوضع الأحجار حوله لأنهم كانوا يفعلون ذلك، ومعنى الثاني أعلم بحجر الغير عن إحيائها فكان التحجير هو الإعلام، فإذا حجر أرضاً ولم يعمرها ثلاث سنين أخذها الإمام ودفعها إلى غيره، والأصل في ذلك أن المشايخ رحمهم الله اختلفوا في كونه مفيداً للملك؛ فمنهم من قال: يفيد ملكاً مؤقتاً إلى ثلاث سنين، وقيل لا يفيد وهو مختار

---

(١) موقوف. وهو المتقدم.

الشوك وجعلها حولها وجعل التراب عليها من غير أن يتم المسناة ليمنع الناس من الدخول، أو حفر من بئر ذراعاً أو ذراعين، وفي الأخير ورد الخبر[1]. ولو كربها وسقاها فعن محمد أنه إحياء. ولو فعل أحدهما يكون تحجيراً، ولو حفر أنهارها ولم يسقها يكون تحجيراً، وإن سقاها مع حفر الأنهار كان إحيآء لوجود الفعلين، ولو حوّطها أو سنمها بحيث يعصم الماء يكون إحياء لأنه من جملة البناء، وكذا إذا بذرها. قال: **(ولا يجوز إحياء ما قرب من العامر ويترك مرعى لأهل القرية ومطرحاً لحصائدهم)** لتحقق حاجتهم إليها حقيقة أو دلالة على ما بيناه، فلا يكون مواتاً لتعلق حقهم بها بمنزلة الطريق والنهر. وعلى هذا قالوا: لا يجوز للإمام أن يقطع ما لا غنى بالمسلمين عنه كالملح والآبار التي يستقي الناس منها لما ذكرنا. قال: **(ومن حفر بئراً في برية فله حريمها)** ومعناه إذا حفر في أرض موات بإذن الإمام عنده أو بإذنه وبغير إذنه عندهما لأن حفر البئر إحياء. قال: **(فإن كانت للعطن فحريمها أربعون ذراعاً)** لقوله عليه الصلاة والسلام «من حفر بئراً فله مما حولها أربعون ذراعاً عطناً لماشيته»[2] ثم قيل: الأربعون من كل

ناظراً إلى قوله لتحقق حاجتهم إليها حقيقة فقط، ولا يخفى ما فيه من الركاكة، أما أولاً فلأنه كان ينبغي إذ ذاك أن يقدم قوله على ما بيناه على قوله أو دلالة كما لا يشتبه على ذي فطرة سليمة، وأما ثانياً فلأنه يلزم حينئذٍ أن يقصر حوالة البيان على صورة حقيقة الحاجة إليها مع مرور بيان صورة دلالة الحاجة إليها أيضا. وذلك مما لا ضرورة فيه بل لا وجه له قوله: **(لأن في الأراضي رخوة ويتحوّل الماء إلى ما حفر دونها)** أقول: كان الظاهر أن يقال: فيتحوّل الماء بالفاء، لأن سبب تحوّل الماء إلى ما حفر دونها إنما هو رخوة الأراضي لا غير، إذ لو كانت فيها صلابة لم يتحوّل الماء إلى ما حفر دونها قطعاً فلا بد من أداة التفريع. ثم أقول: لقائل أن يقول: إن هذا التعليل تعليل في مقابلة النص، لأن قوله عليه الصلاة والسلام «من حفر بئر فله مما حوله أربعون ذراعا»[3] ظاهر في كون الأربعين من كل الجوانب الأربعة، على أن يكون من كل جانب عشرة أذرع كما صرح به في الكافي وعامة الشروح، وقد تقرر في علم الأصول أن التعليل في مقابلة النص غير صحيح، فكيف يتم الاستدلال بما ذكره على كون الصحيح أنه من كل جانب، ويمكن الجواب بأن المقصود من الحريم دفع الضرر عن صاحب البئر، والضرر لا يندفع عنه بعشرة أذرع من كل جانب، فلو لم يكن الأربعون من كل جانب لزمه الحرج وهو مدفوع بالنص، فكان مآل هذا التعليل هو الاستدلال بالنص الدال على دفع الحرج، وقد اكتفى فيه بما يدل على لزوم الضرر المؤدي إلى الحرج، ويرشدك إليه تقرير صاحب الكافي ها هنا حيث قال: والصحيح أن المراد به أربعون ذراعا من كل الجوانب، لأن المقصود دفع الضرر عن صاحب البئر الأول لكي لا يحفر أحد في حريمه بئر أخرى فيتحول إليها ماء بئره، وهذا الضرر لا

المصنف رحمه الله، أشار إليه بقوله: **(هو الصحيح)** قيل وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا جاء إنسان آخر قبل مضيّ ثلاث سنين وأحياه، فإنه ملكه على الثاني ولم يملكه على الأول. وجه الأول ما روي عن عمر رضي الله عنه: ليس لمتحجر حق بعد ثلاث سنين نفي الحق بعد ثلاث سنين فيكون له الحق في ثلاث سنين، والمطلق ينصرف إلى الكامل، والحق الكامل هو

قوله: **(والجواب عن استدلالهم أن ذلك مفهوم، وهو ليس بحجة)** أقول: وأنت خبير بأن المصنف استدل على الترك ثلاث سنين بهذا الطريق. وجوابه أن ثبوت الحق ليس بالحديث بل بالإجماع.

---

(١) لا أصل له. قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٢٩١ يريد حديث: «من حفر في بئر مقدار ذراع فيه، فهو متحجر» وقد ذكره السغناقي، ولم أره، ولا أعرفه، ولم أر من ذكره. ووافقه ابن حجر في الدراية ٢/ ٢٤٥ حيث قال: ذكره السغناقي، ولا وجود له في شيء من كتب الحديث.

(٢) أخرجه ابن ماجه ٢٤٨٦ من حديث عبد الله بن مغفل وفيه إسماعيل بن مسلم المكي.

قال البوصيري في الزوائد: إسماعيل هذا تركه القطان، وابن مهدي وغيرهما.

وأخرجه أحمد ٢/ ٤٩٤ من حديث أبي هريرة بأتم منه. وفي إسناده راوٍ لم يسمّ، فهو ضعيف لجهالة الراوي.

(٣) هو المتقدم.

الجوانب. والصحيح أنه من كل جانب، لأن في الأراضي رخوة ويتحوّل الماء إلى ما حفر دونها **(وإن كانت للناضح فحريمها ستون ذراعاً، وهذا عندهما، وعند أبي حنيفة أربعون ذراعاً)** لهما قوله عليه الصلاة والسلام «حريم العين خمسمائة ذراع، وحريم بئر العطن أربعون ذراعاً. وحريم بئر الناضح ستون ذراعاً» ولأنه قد يحتاج فيه إلى أن يسير دابته للاستقاء، وقد يطول الرشاء وبئر العطن للاستقاء منه بيده فقلت الحاجة فلا بد من التفاوت. وله ما روينا من

يندفع بعشرة أذرع من كل جانب، فإن الأراضي تختلف صلابة ورخاوة، فربما يحفر بحريمه أحد بئراً أخرى فيتحول ماء البئر الأولى إليه فيتعطل عليه منفعة بئره، وفي مقدار أربعين ذراعاً من كل جانب يندفع هذا الضرر بيقين انتهى فتدبر قوله: **(وله ما روينا من غير فصل، والعام المتفق على قبوله والعمل به أولى عنده من الخاص المختلف في قبوله والعمل به)** يريد بقوله ما روينا قوله عليه الصلاة والسلام «من حفر بئراً فله مما حولها أربعون ذراعاً»[1] وبقوله من غير فصل: أي من غير فصل بين العطن والناضح، ويريد بالعام المتفق على قبوله والعمل به قوله عليه الصلاة والسلام «من حفر بئراً فله مما حولها أربعون ذراعاً»[2] وبقوله أولى عنده، أي عند أبي حنيفة رحمه الله، ويريد بالخاص المختلف في قبوله والعمل به حديث الزهري وهو قوله «حريم العين خمسمائة ذراع، وحريم بئر العطن أربعون ذراعاً، وحريم بئر الناضح ستون ذراعاً»[3] كذا في العناية وغيرها. أقول: هذا الدليل المذكور من قبل أبي حنيفة منقوض بما إذا كانت البئر عيناً، فإن حريمها خمسمائة ذراع بالإجماع كما سيأتي مع أن ما رواه من قوله عليه الصلاة والسلام «من حفر بئراً فله مما حولها أربعون ذراعاً»[4] لا يفصل ذلك أيضا، وإن كون العام المتفق على قبوله والعمل به أولى عنده من الخاص المختلف في قبوله، والعمل به يقتضي أن يكون حريمها أربعين ذراعاً عنده فليتأمل في الفرق، قوله: **(قوله ولأن القياس يأبى استحقاق الحريم لأن عمله في موضع الحفر والاستحقاق به ففيما اتفق عليه الحديثان تركناه وفيما تعارضا فيه حفظناه)** يعني أن الحديثين اتفقا في الأربعين فتركنا في القياس هذا القدر، وفيما وراء الأربعين تعارضاً، لأن العام ينفيه والخاص يثبته فتساقطا فعملنا بالقياس، كذا في شرح تاج الشريعة وغيره. أقول: فيه بحث، لأن المتعارضين من الدليلين إنما يتساقطان إذا لم يكن لأحدهما رجحان على الآخر، وأما إذا كان لأحدهما رجحان على الآخر فيجب العمل بالراجح وترك الآخر. والأمر فيما نحن فيه كذلك لأن العام إنما ينفي ما وراء الأربعين بطريق المفهوم وهو غير معتبر عندنا، وإن سلم أنه ينفي ذلك بمنطوقه فإنما

الملك. ووجه الصحيح ما ذكره في الكتاب، والجواب على استدلالهم أن ذلك مفهوم وهو ليس بحجة. وقوله: **(من غير أن يتم المسناة)** هو ما يبنى للسيل ليردّ الماء. وقوله: **(وفي الأخير)** يريد حفر البئر **(ورد الخبر)** وهو ما روي أن رسول الله ﷺ قال «من حفر بئراً مقدار ذراع فهو متحجر». وقوله: **(لتحقق حاجتهم إليها حقيقة)** يعني عند محمد رحمه الله **(أو دلالة)** عند أبي يوسف رحمه الله. وقوله: **(على ما بينا)** إشارة إلى قوله ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاق أهل القرية عنها حقيقة الخ. وقوله:

---

(١) هو المتقدم قبل حديث.

(٢) تقدم قبل حديثين.

(٣) لا أصل له بهذا اللفظ. ذكره الزيلعي في تخريجه، وقال: غريب. وكذا قال ابن حجر في الدراية: لم أجده هكذا. أنظر نصب الراية ٤/ ٢٩٢ والدراية ٢/ ٢٤٥ وقد أخرج أبو داود في مراسيله ٣٦٢ عن ابن المسيب قال: قال رسول الله ﷺ: حريم البئر العادية خمسون ذراعاً، وحريم البئر العديّ خمس وعشرون ذراعاً.
وقال ابن المسيب من قبل نفسه: وحريم قليب الزرع ثلاثمائة ذراع.
ورواه الدارقطني ٤/ ٢٢٠ عن ابن المسيب عن أبي هريرة مرفوعاً
وقال: الصحيح أنه مرسل عن ابن المسيب، ومن أسنده فقد وهم
وقال ابن حجر في تلخيص الحبير عن هذا الحديث: أعله الدارقطني بالإرسال، وفي سنده محمد بن يوسف المقري، وهو منهم بالوضع اهـ تلخيص الحبير ٣/ ٦٣.

(٤) تقدم قبل أربعة أحاديث، وهو غير قوي.

غير فصل، والعام المتفق على قبوله والعمل به أولى عنده من الخاص المختلف في قبوله والعمل به، ولأن القياس يأبى استحقاق الحريم لأن عمله في موضع الحفر والاستحقاق به، ففيما اتفق عليه الحديثان تركناه وفيما تعارضا فيه حفظناه، ولأنه قد يستقي من العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما، ويمكنه أن يدير البعير حول البئر فلا يحتاج فيه إلى زيادة مسافة: قال: **(وإن كانت عيناً فحريمها خمسمائة ذراع)** لما روينا، ولأن الحاجة فيه إلى زيادة مسافة. لأن العين تستخرج للزراعة فلا بد من موضع يجري فيه الماء ومن حوض يجمع فيه الماء. ومن موضع يجري فيه إلى المزرعة فلهذا يقدر بالزيادة، والتقدير بخمسمائة بالتوقيف. والأصح أنه خمسمائة ذراع من كل جانب كما ذكرنا في العطن، والذراع هي المكسرة وقد بيناه من قبل. وقيل إن التقدير في العين والبئر بما ذكرناه في أراضيهم لصلابة بها وفي أراضينا رخاوة فيزاد كي لا يتحوّل الماء إلى الثاني فيتعطل الأول. قال: **(فمن**

ينفيه بطريق الإشارة والخاص يثبته بطريق العبارة. وقد تقرر في علم الأصول أن عبارة النص ترجح على إشارته عند التعارض فلزم أن لا يسقط الخاص بل وجب أن يعمل به ويترك القياس لظهول أن يترك القياس في مقابلة النص. قال تاج الشريعة: فإن قلت: كيف يتعارضان وقد ذكر القبول في أحدهما والاختلاف في الآخر؟ قلت: يعني به صورة المعارضة، كما يقال إذا تعارض المشهور مع خبر الواحد ترجح المشهور وعدم التعارض معلوم انتهى. واقتفى أثره صاحب الكفاية والشارح العيني، أقول: الجواب ليس بصحيح، إذ لو كان المراد بتعارضهما ها هنا صورة التعارض التي لا تنافي رجحان أحدهما على الآخر لما تم قول المصنف وفيما تعارضا فيه حفظناه، ولما صح قولهم في شرح ذلك وفيما وراء الأربعين تعارضاً فتساقطا فعملنا بالقياس، إذ التساقط والعمل بالقياس إنما يتصوّر في حقيقة التعارض بأن يتساويا في القوة ولم يوجد المخلص. وأما في صورة التعارض مع رجحان أحدها على الآخر فيجب العمل بالراجح وترك الآخر والقياس، وقد عرف ذلك كله في أصول الفقه، ثم أقول: الظاهر في الجواب أن يقال: مدار هذا الدليل على التنزّل عما ذكر في الدليل السابق من كون العام المتفق على قبوله أولى من الخاص المختلف في قبوله: يعني لو سلم عدم رجحان أحدهما على الآخر وتساقطهما فيما تعارضه فيه وهو ما وراء الأربعين حفظنا القياس فيه وهو يكفينا فيما نحن فيه تأمل ترشد قوله: **(ولأنه قد يستقي من بئر العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما)** أقول: هذا التعليل ضعيف جداً لأنهم صرحوا بأن المراد من بئر العطن ما يستقى منه باليد، ومن بئر الناضح ما يستقى منه بالبعير فكيف يتم أن يقال: قد يستقى من بئر العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد، ولئن سلم ذلك فهو على الندرة فكيف يتم أن يقال: فاستوت الحاجة فيهما قوله: **(وقيل إن التقدير في البئر والعين بما ذكرناه في أراضيهم لصلابة بها وفي أراضينا رخاوة فيزاد كي لا يتحول الماء الى الثاني فيتعطل**

(لا يجوز أن يقطع الإمام) يقال أقطع السلطان رجلاً أرضاً: أي أعطاه إياها وخصصه بها. وقوله: **(لما ذكرنا)** إشارة إلى قوله لتحقق حاجتهم إليها العطن: مناخ الإبل ومبركها. قوله: **(قيل الأربعون من كل الجوانب)** يعني يكون في كل جانب عشرة أذرع لظاهر قوله ﷺ «من حفر بئراً فله مما حولها أربعون ذراعاً عطناً لماشيته» فإنه بظاهره يجمع الجوانب الأربع، والصحيح أنه من كل جانب، لأن المقصود من الحريم دفع الضرر عن صاحب البئر الأولى كي لا يحفر بحريمه أحد بئراً أخرى فيتحوّل إليها ماء بئره، وهذا الضرر لا يندفع بعشرة أذرع «من» كل جانب بيقين، فإن الأراضي تختلف في الصلابة والرخاوة، وفي مقدار أربعين ذراعاً من كل جانب يتيقن بدفع الضرر. والناضح: البعير. وقوله: **(وله ما روينا)** يريد في قوله عليه الصلاة والسلام «من حفر بئراً فله مما حولها أربعون ذراعاً من غير فصل» يعني بين العطن والناضح. واعترض بأنه مقيد بقوله عطناً لماشيته، فيكون قد فصل بين العطن والناضح. وأجيب بأن ذكر ذلك اللفظ للتغليب لا للتقييد، فإن الغالب في انتفاع الآبار

قوله: **(إشارة إلى ما ذكره في كتاب الطهارة)** أقول: في باب الماء الذي يجوز به الوضوء، وفيه رد على العلامة الكاكي حيث قال في شرح قوله وقد بينا أن الوجه في أن الخمسمائة تعتبر من كل جانب، ولكن لم يذكر بيان الذراع انتهى فتأمل قال المصنف: **(والقناة له حريم بقدر ما يصلحه)** أقول: وفي غاية البيان تفصيل حسن في هذا المقام فراجعه.

أراد أن يحفر في حريمها منع منه) كي لا يؤدي إلى تفويت حقه والإخلال به، وهذا لأنه بالحفر ملك الحريم ضرورة تمكنه من الانتفاع به فليس لغيره أن يتصرف في ملكه؛ فإن احتفر آخر بئراً في حريم الأوّل للأوّل أن يصلحه ويكبسه تبرعا. ولو أراد أخذ الثاني فيه قيل له أن يأخذه يكبسه لأن إزالة جناية حفره به كما في الكناسة يلقيها في دار غيره فإنه يؤخذ برفعها، وقيل يضمنه النقصان ثم يكبسه بنفسه كما إذا هدم جدار غيره، وهذا هو الصحيح ذكره في أدب القاضي للخصاف. وذكر طريق معرفة النقصان، وما عطب في الأول فلا ضمان فيه، لأنه غير متعد، إن كان بإذن الإمام فظاهر، وكذا إن كان بغير إذنه عندهما. والعذر لأبي حنيفة أنه يجعل في الحفر تحجيراً وهو بسبيل منه بغير إذن الإمام وإن كان لا يملكه بدونه، وما عطب في الثانية ففيه الضمان لأنه متعدّ فيه حيث حفر في ملك غيره، وإن حفر الثاني بئراً وراء حريم الأول فذهب ماء البئر الأول فلا شيء عليه، لأنه غير متعدّ في حفرها، وللثاني الحريم من الجوانب الثلاثة دون الجانب الأول لسبق ملك الحافر الأوّل فيه (والقناة لها حريم بقدر ما يصلحها) وعن محمد أنه بمنزلة البئر في استحقاق الحريم، وقيل هو عندهما. وعنده لا حريم لها ما لم يظهر الماء على الأرض لأنه نهر في التحقيق فيعتبر بالنهر الظاهر. قالوا: وعند ظهور الماء على الأرض هو بمنزلة عين فوّارة فيقدّر حريمه بخمسمائة ذراع (والشجرة تغرس في أرض موات لها حريم أيضاً حتى لم يكن لغيره أن يغرس شجراً في حريمها) لأنه يحتاج إلى حريم له يجد فيه ثمره ويضعه فيه وهو مقدّر بخمسة أذرع من كل جانب، به ورد الحديث[1]. قال: (وما ترك

الأول) أقول: فيه إشكال، إذ المقادير مما لا مدخل فيه للرّأي أصلاً، وإنما مدارها النص من الشارع كما صرحوا به واتفقوا عليه، والذي ثبت بالنص فيما نحن فيه ما ذكر فيما قبل لا غير، فتصير الزيادة عليه عملاً بالرأي فيما هو من المقادير وهو لا يجوز فليتأمل في الدفع قوله: (وما عطب في الثانية ففيه الضمان، لأنه متعد فيه حيث حفر في ملك غيره) أقول: في التعليل قصور لأنه لا يتمشى فيما إذا حفر الأول بغير إذن الإمام على أصل أبي حنيفة، فإنه يجعل الحفر هناك تحجيراً كما مر آنفا، وبمجرد التحجير لا تصير البئر الأولى ولا حريمها ملكاً للمحجر فلا يصدق هناك على أصله أن يقال إن الثاني حفر في ملك غيره، فالأولى في التعليل أن يقال: لأنه متعدّ فيه حيث حفر في حق غيره، إذ لا شك أن الحق يثبت بالتحجير كما يثبت بالإحياء، ولهذا لا يقدر الإمام أن يأخذها من يد المحجر ويدفعها إلى غيره إلا إذا حجر أرضاً ولم يعمرها ثلاث سنين كما مرّ فيتمشى التعليل بهذا الوجه في الصورة المذكورة أيضاً على أصل أئمتنا الثلاثة جميعا قوله: (وله أنه أشبه بالأرض صورة ومعنى، أما صورة

في الفلوات هذا الطريق فيكون ذكر العطن ذكراً لجميع الانتفاعات كما في قوله تعالى: ﴿وذروا البيع﴾ قيد بالبيع لما أن الغالب في ذلك اليوم البيع، وكذلك قوله تعالى: ﴿إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً﴾ والوعيد ليس بمخصوص بالأكل، ولكن الغالب من أمره الأكل فأخرجه على ما عليه الغالب، والدليل على ذلك ما روى أبو يوسف رحمه الله قال: حدثنا أشعث بن سوار عن الشعبي أنه قال: حريم البئر أربعون ذراعاً من ها هنا وها هنا وها هنا وها هنا لا يدخل عليه أحد في حريمة وفي مائه. وقوله: (والعام المتفق على قبوله والعمل به) يريد قوله عليه الصلاة والسلام «من حفر بئراً» لأن كلمة «من» تفيد العموم (أولى عنده) أي عند أبي حنيفة رحمه الله (من الخاص المختلف في قبوله والعمل به) يريد به حديث الزهري: «حريم العين خمسمائة ذراع، وحريم البئر العطن أربعون ذراعاً، وحريم بئر الناضح ستون ذراعاً». وردّ عموم الأول بأن

---

(١) حسن. يشير المصنف لما أخرجه أبو داود ٣٦٤٠ من حديث أبي سعيد قال: «إختصم إلى رسول الله ﷺ رجلان في حريم نخلة، فأمر بها فذرعت سبعة أذرع. ورواية: خمسة أذرع. فقضى بذلك»

سكت عليه أبو داود والمنذري في مختصره ٣٤٩٣ وكذا ابن حجر في الدراية ٢/٢٤٦ وقال: وأخرجه الطحاوي وفيه: خمسة أذرع. لم يشك اهـ. وفي إسناده عبد العزيز بن محمد صدوق كان يحدث من كتب غيره، فيخطىء قاله في التقريب.

وأخرج الحاكم ٤/٩٧ من حديث عبادة بن الصامت «أنه النبي ﷺ تقضي في النخلة أن حريمها مبلغ جريدها» وصححه وأقره الذهبي. وأخرج أبو داود في مراسيله ٣٦٤ عن عروة قال: «قضى رسول الله ﷺ في حريم النخلة طول عسيبها»

وهذه الروايات يستأنس بها لحديث الباب والله أعلم.

الفرات أو الدجلة وعدل عنه الماء ويجوز عوده إليه لم يجز إحياؤه) لحاجة العامة إلى كونه نهراً **(وإن كان لا يجوز أن يعود إليه فهو كالموات إذا لم يكن حريماً لعامر)** لأنه ليس في ملك أحد، لأن قهر الماء يدفع قهر غيره وهو اليوم في يد الإمام. قال: **(ومن كان له نهر في أرض غيره فليس له حريم عند أبي حنيفة إلا أن يقيم بينة على ذلك. وقالا: له مسناة النهر يمشي عليها ويلقي عليها طينه)** قيل هذه المسألة بناء على أن من جفر نهراً في أرض موات بإذن الإمام لا يستحق الحريم عنده، وعندهما يستحقه لأن النهر لا ينتفع به إلا بالحريم لحاجته إلى المشي لتسييل الماء، ولا يمكنه المشي عادة في بطن النهر وإلى إلقاء الطين. ولا يمكنه النقل إلى مكان بعيد إلا بحرج فيكون له الحريم اعتباراً بالبئر. وله أن القياس يأباه على ما ذكرناه. وفي البئر عرفناه بالأثر، والحاجة إلى الحريم فيه فوقها إليه في النهر، لأن الانتفاع بالماء في النهر ممكن بدون الحريم، ولا يمكن في البئر إلا بالاستقاء ولا استقاء إلا بالحريم فتعذر الإلحاق. ووجه البناء أن باستحقاق الحريم تثبت اليد عليه اعتباراً تبعاً للنهر، والقول لصاحب اليد، وبعدم استحقاقه تنعدم اليد. والظاهر يشهد لصاحب الأرض على ما نذكره إن شاء الله تعالى، وإن كانت مسألة مبتدأة فلهما أن الحريم في يد صاحب النهر باستمساكه الماء به ولهذا لا يملك صاحب الأرض نقضه، وله أنه أشبه بالأرض صورة ومعنى. أما صورة فلاستوائهما، ومعنى من حيث صلاحيته للغرس والزراعة، والظاهر شاهد لمن في يده ما

فلاستوائهما، ومعنى من حيث صلاحيته للغرس والزراعة) قال صاحب العناية: وقوله لاستوائهما يشير إلى أن الخلاف فيما إذا لم تكن المسناة مرتفعة عن الأرض، فأما إذا كانت المسناة أرفع من الأرض فهي لصاحب النهر، لأن الظاهر أن ارتفاعه لإلقاء طينه انتهى، وتبعه العيني. أقول: ليس هذا بشرح سديد، لأن الإشارة إلى ما ذكره إنما يتصوّر أن لو كان المراد باستوائهما في قوله صورة لاستوائهما استواءهما في الارتفاع والانخفاض: أي الاستواء المكاني، ولا يذهب على ذي مسكة أن المراد بذلك إنما هو الاستواء في الحقيقة الأرضية، كيف لا والاستواء بالمعنى الأول قد يتحقق بين النهر والحريم أيضا كما لا يخفى عليك، فلو كان المراد ذلك لاختل التعليل المذكور تبصر قوله: **(وثمرة الاختلاف أن ولاية الغرس لصاحب الأرض عنده وعندهما لصاحب النهر)** قال بعض الفضلاء:

معناه: من حفر بئراً للعطن فله مما حولها أربعون ذراعاً، وهو خاص بالعطن كما ترى. وأجيب بأن عطناً ليس صفة لبئر حتى يكون مخصصاً، وإنما هو بيان الحاجة إلى الأربعين ليكون دافعاً لمقتضى القياس، فإنه يأبى استحقاق الحريم، لأن عمل الحافر في موضع الحفر واستحقاقه بالعمل، ففي موضع الحفر استحقاقه لكنا تركناه به، فإن قيل: فاتركه في الناضح أيضاً لحديث الزهري لئلا يلزم التحكم قلنا: حديثه فيه معارض بالعموم فيجب المصير إلى ما بعده وهو القياس فحفظناه. وقوله لما روينا إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام «حريم العين خمسمائة ذراع» وقوله: **(والذراع هي المكسرة)** يعني أن يكون ست قبضات وهو ذراع العامة، وإنما وصفت بذلك لأنها نقصت عن ذراع الملك وهو بعض الأكاسرة بقبضة، وقوله: **(لما بينا)** إشارة إلى ما ذكره في كتاب الطهارة من قوله بذراع الكرباس توسعة على الناس فإنها هي المكسرة. قال: **(فمن أراد أن يحفر في حريمها يمنع منه)** كلامه واضح. وقوله: **(أن يطمه)** أي يصلحه ويكبسه من باب: أعجبني زيد وكرمه في كون العطن للتفسير فإن إصلاحه كبسه. قوله: **(وذكر طريقة معرفة النقصان)** وهو أن يقوم الأول قبل حفر الثانية وبعده فيضمن نقصان ما بينهما. والقناة: مجرى الماء تحت الأرض تسمى بالفارسية كاريز. وقوله: **(به ورد الحديث)** يريد به ما روي «أن رجلاً غرس شجرة في أرض فلاة فجاء آخر فأراد أن يغرس شجرة أخرى بجنب شجرته، فشكى صاحب الشجرة الأولى إلى النبيّ ﷺ، فجعل له النبيّ عليه الصلاة والسلام من الحريم خمسة أذرع وأطلق للآخر فيما وراء ذلك» وهو حديث مشهور

قال المصنف: **(لأن الانتفاع بالماء في النهر ممكن بدون الحريم)** أقول: إلا أنه يلحقه بعض الحرج في نقل الطين والمشي في وسطه قوله: **(يشير إلى أن الخلاف الخ)** أقول: لا يخفى عليك ما في الإشارة من الخفاء، ولك أن تقول: المراد بالاستواء هو الاستواء صورة، بأن لا يرتفع الحريم من الأرض لا الاستواء في الأرضية قوله: **(هو الموعود بقوله على ما نذكره)** أقول: فيه بحث، بل الموعود قوله وله أنه أشبه بالأرض قال المصنف: **(وثمرة الاختلاف الخ)** أقول: فيه بحث، إذ لا يظهر كون ما ذكره ثمرة لما تقدمه، بل لا يبعد أن يدعي العكس.

هو أشبه به، كائنين تنازعا في مصراع باب ليس في يدهما والمصراع الآخر معلق على باب أحدهما يقضي للذي في يده ما هو أشبه بالمتنازع فيه، والقضاء في موضع الخلاف قضاء ترك، ولا نزاع فيما به استمساك الماء إنما النزاع فيما وراءه مما يصلح للغرس. على أنه إن كان مستمسكاً به ماء نهره فالآخر دافع به الماء عن أرضه. والمانع من نقضه تعلق حق صاحب النهر لا ملكه. كالحائط لرجل ولآخر عليه جذوع لا يتمكن من نقضه وإن كان ملكه **(وفي الجامع الصغير نهر لرجل إلى جنبه مسناة ولآخر خلف المسناة أرض تلزقها وليست المسناة في يد أحدهما فهي لصاحب الأرض عند أبي حنيفة)** وقالا: هي لصاحب النهر حريماً لملقي طينه وغير ذلك. وقوله وليست المسناة في يد احدهما معناه: ليس لأحدهما عليه غرس ولا طين ملقى فينكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف، أما إذا كان لأحدهما عليه ذلك فصاحب الشغل أولى، لأنه صاحب يد، ولو كان عليه غرس لا يدري من غرسه فهو من مواضع الخلاف أيضاً، وثمرة الاختلاف أن ولاية الغرس لصاحب الأرض عنده وعندهما لصاحب النهر. وأما إلقاء الطين فقد قيل إنه على الخلاف. وقيل إن لصاحب النهر ذلك ما لم يفحش. وأما المرور فقد قيل يمنع صاحب النهر عنده. وقيل لا يمنع للضرورة. قال الفقيه أبو جعفر: آخذ بقوله في الغرس وبقولهما في إلقاء الطين. ثم عن أبي يوسف أن حريمه مقدار نصف النهر من كل جانب، وعن محمد مقدار بطن النهر من كل جانب، وهذا أرفق بالناس.

فيه بحث، إذ لا يظهر كون ما ذكره ثمرة لما تقدمه بل لا يبعد أن يدعي العكس انتهى. أقول لا وجه لكلامه هذا أصلاً، فإنه لما لم يكن لصاحب النهر حريم عنده بل كان طرفا النهر لصاحب الأرض وكان لصاحب النهر حريم عندهما ظهر منه أن ولاية الغرس في مقدار ذلك الحريم لصاحب الأرض عنده لصاحب النهر عندهما، إذ لا شك أن ولاية الغرس في موضع لمن يستحق ذلك الموضع وهذا مما لا سترة به، فكيف خفي على مثل ذلك القائل.

ذكره شيخ الإسلام في مبسوطه قوله: **(ومن كان له نهر في أرض غيره)** ذكر في شرح الطحاوي؛ لو أن نهراً لرجل وأرضاً على شاطيء النهر لآخر فتنازعا في المسناة، فإن كان بين الأرض وبين النهر حائل كالحائط ونحوه فالمسناة لصاحب الأرض بالإجماع، وإن لم يكن بينهما حائل قال أبو حنيفة رحمه الله: هي لصاحب الأرض ولصاحب النهر فيها حق، حتى أن صاحب الأرض إذا أراد رفعها: أي هدمها كان لصاحب النهر منعه من ذلك. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: المسناة لصاحب النهر. وذكر في كشف الغوامض أن الاختلاف في نهر كبير لا يحتاج إلى كربه في كل حين، أما الأنهار الصغار التي يحتاج إلى كربها في كل وقت فلها حريم بالاتفاق، هكذا ذكره في النهاية، وظاهر كلام المصنف ينافيه. وقوله: **(فيكون له حريم اعتباراً بالبئر)** يعني بجامع الاحتياج فإن استحقاق الحريم للحاجة وهي موجودة في النهر كهي في البئر والعين فيتعدى الحكم منهما إليه **(وله أن القياس يأباه على ما ذكرناه)** يعني قوله ولأن القياس يأبى استحقاق الحريم إلى آخره، وفي البئر عرفناه بالأثر فكان الحكم معدولاً به عن القياس في الأصل فلا يصح تعديته. وقوله: **(والحاجة إلى الحريم فيه)** أي في البئر جواب عما يقال هب أنه على خلاف القياس فليلحق به بالدلالة، ووجهه أن الإلحاق بالدلالة إنما يكون للأعلى بالأدنى أو المساوي، والأمر فيما نحن فيه ليس كذلك، فإن الحاجة إلى الحريم فيه: أي في البئر بمعنى القليب فوق الحاجة إليه في النهر لأن الانتفاع بالماء في النهر ممكن بدون الحريم، ولا يمكن في البئر إلا بالاستقاء، ولا استقاء إلا بالحريم فتعذر الإلحاق. وقوله: **(ووجه البناء، إلى قوله: والقول لصاحب اليد)** من جهتهما. وقوله: **(ولعدم استحقاقه إلى آخره)** من جهة أبي حنيفة رحمه الله، وقوله: **(أما صورة فلاستوائهما)** يشير إلى أن الخلاف فيما إذا لم تكن المسناة مرتفعة عن الأرض، فأما إذا كانت المسناة أرفع من الأرض فهي لصاحب النهر، لأن الظاهر أن ارتفاعه لإلقاء طينه. وقوله: **(يقضي للذي في يده ما هو أشبه بالمتنازع فيه)** هو الموعود بقوله على ما نذكره. وقوله: **(والقضاء في موضع الخلاف)** أي في مسألة من كان له نهر في أرض غيره قضاء ترك لا قضاء ملك، فلو أقام صاحب النهر البينة بعد هذا على أن المسناة ملكه تقبل بينته، ولو كان قضاء ملك لما قبلت بينته لأن المقضي عليه في حادثة قضاء ملك لا يصير مقضياً له فيها. وقوله: **(ولا نزاع فيما به استمساك الماء)** جواب عن قولهما إن الحريم في يد صاحب النهر بإمساك الماء وهو واضح. وقوله: **(والمانع من نقضه)** جواب عن قولهما ولهذا لا يملك صاحب الأرض نقضه، وذكر رواية الجامع الصغير لأنه يتبين بها موضع الخلاف. وقوله: **(ليس لأحدهما عليه)** أي على المسناة بتأويل الحريم.

فصول في مسائل الشرب

فصل في المياه

(وإذا كان لرجل نهر أو بئر أو قناة فليس له أن يمنع شيئاً من الشفة، والشفة الشرب لبني آدم والبهائم) اعلم أن المياه أنواع: منها ماء البحار، ولكل واحد من الناس فيها حق الشفة وسقي الأراضي، حتى إن من أراد أن يكري نهراً منها إلى أرضه لم يمنع من ذلك، والانتفاع بماء البحر كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء فلا يمنع من الانتفاع به على أيّ وجه شاء. والثاني ماء الأودية العظام كجيحون وسيحون ودجلة والفرات للناس فيه حق الشفة على الإطلاق وحق سقي الأراضي، فإن أحيا واحد أرضاً ميتة وكرى منه نهرا ليسقيها، إن كان لا يضرّ بالعامة ولا يكون النهر في ملك أحد له ذلك لأنها مباحة في الأصل إذ قهر الماء يدفع قهر غيره، وإن كان يضرّ بالعامة فليس له ذلك لأن دفع الضرر عنهم واجب، وذلك في أن يميل الماء إلى هذا الجانب إذا انكسرت ضفته فيغرق القرى والأراضي، وعلى هذا نصب الرحى عليه لأن شق النهر للرحى كشقة للسقي به. والثالث إذا دخل الماء في المقاسم فحق الشفة ثابت.

فصول في مسائل الشرب

فصل في المياه

لما فرغ من ذكر إحياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب، لأن إحياء الموات يحتاج إليه، وقدّم فصل المياه على فصل الكرى لأن المقصود هو الماء، كذا في الشروح، أقول: يرد على ظاهره أن يقال: إذا كان الشرب مما يحتاج إليه إحياء الموات كان اللائق تقديم مسائل الشرب على مسائل إحياء الموات على عكس ما في الكتاب، والجواب أن إحياء الموات لأصالته وكثرة فروعه كما يدل عليه ترجمة الكتاب به في العنوان يستحق التقديم لا محالة، وإنما مقصود الشراح ها هنا بيان مجرد وجه تذييله بمسائل الشرب لتحقق المناسبة بينهما من جهة احتياج أحدهما على الآخر دون بيان الترتيب بينهما فيتم المطلوب بما ذكروه قوله: **(إلا أنه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا إلى الدليل، وهو ما رويناه، حتى لو سرقه إنسان في موضع يعزّ وجوده وهو يساوي نصاباً لم تقطع يده)** واعترض عليه بأنه على هذا ينبغي أن لا يقطع في الأشياء كلها، لأن قوله تعالى ﴿هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعا﴾ البقرة (٢٩) يورث الشبهة بهذا الطريق، وأجيب بأن العمل بالحديث يوافق العمل بقوله تعالى ﴿هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً﴾ البقرة ولا يلزم بالعمل به إبطال الكتاب، بخلاف قوله تعالى ﴿هو الذي خلق لكم ما في الأرض

فصول في مسائل الشرب

فصل في المياه

لما فرغ من إحياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب، لأن إحياء الموات يحتاج إليه، وقدم فصل المياه على فصل الكري لأن المقصود هو الماء. والشفة أصلها شفهة أسقطت الهاء تخفيفاً، والمراد بها ها هنا الشرب بالشفاه وجيحون: نهر خوارزم، وسيحون: نهر الترك. ودجله نهر بغداد: والفرات نهر الكوفة: وضفة النهر بالكسر والفتح: حافته. وأنث ثلاث في قوله عليه الصلاة والسلام «الناس شركاء في ثلاث» لأن الفصيح في الكلام إذا لم يذكر المعدود أن يذكر على لفظ المؤنث نظراً إلى لفظ الأعداد، ومثله قوله عليه الصلاة والسلام «من صام رمضان وأتبعه بستّ من شوّال» الحديث. والصوم إنما يتحقق في الأيام لا في الليالي، ولكن لما لم يذكر المعدود وهو الأيام أنثه، وقوله عليه الصلاة والسلام «شركاء» يريد به الإباحة في الماء الذي لم يحرز نحو الحياض والعيون والآباء والأنهار. وأما الكلأ وهو ما لا ساق له فإما أن ينبت في أرض شخص أو أنبته فيها بكري الأرض وسقيها، فإن كان الأول كان مباحاً للناس إلا أن أحداً لا يدخل ملكه إلا بإذنه، فإن لم يجد في غير ذلك الموضع؛ فإما أن يخرج له صاحب الأرض أو يأذن له بالدخول. وإن كان الثاني فهو أحق به، وليس لأحد أن ينتفع بشيء منه إلا برضاه لأنه حصل بكسبه والكسب للمكتسب. وأما النار فمن أوقد ناراً في أرض فليس لأحد فيها حق

والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام «الناس شركاء في ثلاث: الماء، والكلإ، والنار»[1] وأنه ينتظم الشرب، والشرب خص منه الأول وبقي الثاني وهو الشفة، ولأن البئر ونحوها ما وضع للإحراز. ولا يملك المباح بدونه كالظبي إذا تكنس في أرضه، ولأن في إبقاء الشفة ضرورة لأن الإنسان لا يمكنه استصحاب الماء إلى كل مكان وهو محتاج إليه لنفسه وظهره؛ فلو منع عنه أفضى إلى حرج عظيم، وإن أراد رجل أن يسقي بذلك أرضاً أحياها كان لأهل النهر أن يمنعوه عنه أضرّ بهم أو لم يضرّ لأنه حق خاص لهم ولا ضرورة. ولأنا لو أبحنا ذلك لانقطعت منفعة الشرب. والرابع الماء المحرز في الأواني وأنه صار مملوكاً له بالإحراز وانقطع حق غيره عنه كما في الصيد المأخوذ، إلا أنه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا إلى الدليل وهو ما روينا[2]. حتى لو سرقه إنسان في موضع يعزّ وجوده وهو يساوي نصاباً لم تقطع يده. ولو كان البئر أو العين أو الحوض أو النهر في ملك رجل له أن يمنع من يريد الشفة من الدخول في ملكه إذا كان يجد ماء آخر يقرب من هذا الماء في غير ملك أحد. وإن كان لا يجد يقال لصاحب النهر: إما أن تعطيه الشفة أو تتركه يأخذ بنفسه بشرط أن لا يكسر ضفته. وهذا مرويّ عن الطحاوي. وقيل ما قاله صحيح فيما إذا احتفر في أرض مملوكة له، أما إذا احتفرها في أرض موات فليس له أن يمنعه، لأن الموات كان مشتركاً والحفر لإحياء حق مشترك فلا يقطع الشركة في الشفة، ولو منعه عن ذلك وهو يخاف على نفسه أو ظهره العطش له أن يقاتله بالسلاح لأنه قصد إتلافه بمنع حقه وهو الشفة، والماء في البئر مباح غير مملوك، بخلاف الماء المحرز في الإناء حيث يقاتله بغير السلاح لأنه قد ملكه، وكذا الطعام عند إصابة المخمصة، وقيل في البئر

جميعاً﴾ فإن العمل به على الإطلاق يبطل قوله تعالى ﴿الزانية والزاني﴾ المائدة (٣٨) ﴿والسارق والسارقة﴾ النور (٢) وغير ذلك، فدل ذلك، على أن المراد غير ما دل عليه الخصوصات، كذا في العناية، أقول: في هذا الجواب نظر، لأنه وإن لم يلزم بالعمل بالحديث المذكور على الإطلاق إبطال دليل شرعي آخر، فإنهم حكموا بأن الماء المحرز في الأواني يصير مملوكا بالإحراز وينقطع حق الغير عنه. وهذا حكم شرعي لا بد له من دليل شرعي لا

فلهم أن ينتفعوا بناره من حيث الاصطلاء بها وتجفيف الثياب وأن يعمل بضوئها، وأما إذا أراد أن يأخذ الجمر فليس له ذلك إلا برضاه، لأن ذلك فحم أو حطب قد أحرزه الموقد ليس مما تثبت فيه الشركة، وكلامه واضح. وقوله: **(إلا أنه بقيت فيه شبهة الشركة نظراً إلى الدليل)** يريد به قوله عليه الصلاة والسلام «الناس شركاء في ثلاث» وقوله: **(حتى لو سرقه إنسان لم يقطع)** اعترض عليه بأنه على هذا ينبغي أن لا يقطع في الأشياء كلها، لأن قوله تعالى: ﴿هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً﴾ يورث الشبهة بهذا الطريق. وأجيب بأن العمل بالحديث يوافق العمل بقوله تعالى: ﴿هو الذي خلق لكم﴾ الآية، ولا يلزم بالعمل به إبطال الكتاب، بخلاف قوله تعالى: ﴿هو الذي خلق لكم﴾ فإن العمل به على الإطلاق يبطل قوله تعالى:

---

(١) أخرجه أبو داود ٣٤٧٧ وأحمد ٥/ ٣٦٤ والبيهقي ٦/ ١٥٠ من طرق كلهم عن حريز بن عثمان ثنا أبو خداش عن رجل من الصحابة قال: «غزوت مع النبي ﷺ ثلاثاً أسمعه يقول: المسلمون شركاء في ثلاث: في الكلأ، والماء، والنار».
قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٢٩٤: قال البيهقي في المعرفة: وأصحاب النبي ﷺ كلهم ثقات وترك ذكر أسمائهم في الإسناد لا يضر.
وأخرجه ابن ماجه ٢٤٧٣ من حديث أبي هريرة بلفظ: «ثلاث لا يمنعن الماء والكلأ والنار» وإسناده صحيح كما قال ابن حجر في تلخيص الحبير ٣/ ٦٥ والبوصيري في الزوائد ١/ ١٥٣
وفي الباب من حديث ابن عباس. أخرجه ابن ماجه ٢٤٧٢ وفيه ابن خراش، وهو عبد الله.
قال البوصيري في الزوائد: إسناده ضعيف لأجله. ورواه الطبراني كما في نصب الراية ٤/ ٢٩٤ من حديث ابن عمر: المسلمون شركاء... الحديث.
وله طرق أخرى، فهو جيد بمجموع طرقه والله أعلم. وانظر تلخيص الحبير ٣/ ٦٥.
تنبيه: قال ابن حجر في الدراية ٢/ ٢٤٦ عن الحديث الأول: رجاله ثقات اهـ وجهالة الصحابي لا تضر كما تقدم.
تنبيه: لفظ: «الناس» جاء في رواية شاذة، وباقي الروايات بلفظ: المسلمون. وهو الصواب.
(٢) مراده الحديث المتقدم.

ونحوها الأولى أن يقاتله بغير السلاح بعصا لأنه ارتكب معصية فقام ذلك مقام التعزير له؛ والشفة إذا كان يأتي على الماء كله بأن كان جدولاً صغيراً. وفيما يرد من الإبل والمواشي كثرة ينقطع الماء بشربها قيل لا يمنع منه، لأن الإبل لا ترده في كل وقت وصار كالمياومة وهو سبيل في قسمة الشرب. وقيل له أن يمنع اعتباراً بسقي المزارع والمشاجر والجامع تفويت حقه. ولهم أن يأخذوا الماء منه للوضوء وغسل الثياب في الصحيح، لأن الأمر بالوضوء والغسل فيه كما قيل يؤدي إلى الحرج وهو مدفوع، وإن أراد أن يسقي شجراً أو خضراً في داره حملاً بجراره له ذلك في الأصح، لأن الناس يتوسعون فيه ويعدون المنع من الدناءة، وليس له أن يسقي أرضه ونخله وشجره من نهر هذا الرجل وبئره وقناته إلا بإذنه نصاً، وله أن يمنعه من ذلك لأن الماء متى دخل في المقاسم انقطعت شركة الشرب بواحدة. لأن في إبقائه قطع شرب صاحبه، ولأن المسيل حق صاحب النهر، والضفة تعلق بها حقه فلا يمكنه التسييل فيه ولا شق الضفة، فإن أذن له صاحبه في ذلك أو أعاره فلا بأس به لأنه حقه فتجري فيه الإباحة كالماء المحرز في إنائه.

محالة، فلو عملنا بالحديث المذكور على الإطلاق لزم إبطال ذلك الدليل الشرعي الدال على أن الماء المحرز في الأواني ملك خاص لمن أحرزه لا شركة فيه لغيره من الناس، فدل على أن المراد بالحديث المذكور غير ما دل عليه خصوص الدليل الشرعي الدال على أن الماء المحرز في الأواني ملك مخصوص لمحرزه كما قيل في الآية المذكورة، فينبغي أن لا يورث شبهة فيما لو سرق إنسان ماء محرزاً في الأول كما لا تورثها الآية المذكورة، فالحق في الجواب عن ذلك الاعتراض ما ذكره تاج الشريعة حيث قال: فإن قلت: فعلى هذا ينبغي أن لا يقطع السارق نظراً إلى قوله تعالى ﴿خلق لكم ما في الأرض جميعا﴾ قلت: مقابلة الجمع بالجمع تقتضي انقسام الآحاد كما في قوله تعالى ﴿حرّمت عليكم أمهاتكم﴾ النساء (٢٣) وقوله تعالى ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾ آل عمران (١٨٧) لا يجوز الزائد على الأربع، فكذا معنى الآية والله أعلم خلق لكل واحد منكم ما وقع في يده لا كل الأشياء، وفيما نحن فيه أثبت الحديث الشركة للناس عاماً اهـ.

﴿الزانية والزاني﴾ ﴿والسارق والسارقة﴾ وغير ذلك، فدل على أن المراد به غير ما دل عليه الخصوصات. وقوله: **(وقيل له يمنع اعتباراً بسقي المزارع والمشاجر)** ذكر في المسبوط. وأكثرهم على أن له أن يمنع في مثل هذه الصورة، لأن الشفة ما لا يضرّ بصاحب النهر والبئر، فأما ما يضرّ ويقطع فله أن يمنع ذلك. وقوله: **(ولهم أن يأخذوا منه)** أي من الجدول الصغير علم من وضع المسألة فيه. وقوله: **(في الصحيح)** إشارة إلى اختلاف المشايخ رحمهم الله، فإن منهم من قال: لا يأخذون الماء منه للوضوء وغسل الثياب لأن الشركة تثبت في حق الشفة لا غير، والصحيح جوازه دفعاً للحرج. وقوله: **(له ذلك في الأصح)** احتراز عن قول بعض المتأخرين من أئمة بلخ إذ قالوا: ليس له ذلك إلا بإذن صاحب النهر عملاً بظاهر الحديث. وقوله: **(لأن الماء متى دخل في المقاسم)** أي متى دخل في قسمة رجل بعينه. وقوله: **(بواحدة)** أي بالكلية.

فصل في كري الأنهار

قال رضي الله عنه: الأنهار ثلاثة: نهر غير مملوك لأحد ولم يدخل ماؤه في المقاسم بعد كالفرات ونحوه، ونهر مملوك دخل ماؤه في القسمة إلا أنه عام، ونهر مملوك دخل ماؤه في القسمة وهو خاص. والفاصل بينهما استحقاق الشفة به وعدمه. فالأول كريه على السلطان من بيت مال المسلمين لأن منفعة الكري لهم فتكون مؤنته عليهم، ويصرف إليه من مؤنة الخراج والجزية دون العشور والصدقات لأن الثاني للفقراء والأول للنوائب. فإن لم

فصل في كري الأنهار

قال جماعة من الشراح: لما فرغ من ذكر مسائل الشرب احتاج إلى ذلك مؤنة كري الأنهار التي كان الشرب منها، ولكن لما كانت مؤنة الكري أمراً زائداً على النهر إذ النهر يوجد بدون مؤنة الكري كالنهر العام أخر ذكره انتهى. أقول: فيه كلام. أما أوّلاً فلأن المصنف لم يفرغ من ذكر مسائل الشرب، بل هو في أثناء ذكر مسائلها بعد، كيف وقد قال فيما قبل فصول في مسائل الشرب وهو الآن شرع في الفصل الثاني من تلك الفصول، وأما ثانياً فلأن النهر العام أيضا لا يوجد بدون مؤنة الكري، بل له مؤنة من بيت المال المسلمين كما صرح به المصنف فيما بعد حيث قال: فالأول كريه على السلطان من بيت مال المسلمين لأن منفعة الكري لهم فيكون مؤنته عليهم. لا يقال: مرادهم أن النهر العام يوجد بدون مؤنة الكري على أهله لا أنه يوجد بدونها مطلقاً يشير إليه قول المصنف فيما بعد: وأما الثاني فكريه على أهله لا على بيت المال فلا يضرهم وجوب مؤنة النهر العام على السلطان، لأنا نقول: مؤنة النهر العام وإن كانت على السلطان في الظاهر حيث كان صرفها من يده إلا أنها في الحقيقة على أهلها أيضا وهم عامة المسلمين، يرشد إليه قول المصنف لأن منفعة الكري لهم فتكون مؤنته عليهم في تعليل قوله فالأول كريه على السلطان من بيت مال المسلمين، ولئن سلم أن مؤنة النهر العام على السلطان نفسه فلا يجدى نفعاً أيضاً، إذ لا يلزم حينئذٍ أن يوجد النهر بدون مؤنة الكري مطلقا فلا يثبت كون مؤنة الكري أمراً زائداً على النهر فلا يتم وجه التأخير الذي ذكروه ها هنا. ثم أقول: ما ذكروه ها هنا مع كونه غير تام في نفسه مستغنى عنه بالكلية بما ذكروه من قبل عند قول المصنف فصول في مسائل الشرب: فصل في المياه، فإنهم قالوا هناك: لما فرغ من إحياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب لأن إحياء الموات يحتاج إليه، وقدم فصل المياه على فصل الكري لأن المقصود هو

فصل في كري الأنهار

لما فرغ من ذكر مسائل الشرب احتاج إلى ذكر مؤنة كري الأنهار التي كان الشرب منها. ولكن لما كانت مؤنة الكري أمراً زائداً على النهر إذ النهر يوجد بدون مؤنة الكري كالنهر العام أخر ذكره. ووجه الحصر في الثلاثة ظاهر، لأن النهر إما أن يكون عاماً من كل وجه أو خاصاً كذلك، أو عاماً من وجه خاصاً من وجه. أما الأوّل فكالفرات وسيحون وجيحون ودجلة، وأما الآخران فقد فصل المصنف رحمه الله بينهما باستحقاق الشفة وقد تقدم ذلك فيها. وقوله: **(إلا أنه يخرج له)** أي للكري من كان يطيقه: أي الذي يقدر على العمل **(ويجعل مؤنته)** أي مؤنته من يُطيقه على المياسير الذين لا يطيقونه بأنفسهم كما يفعل ذلك في تجهيز الجيوش فإنه يخرج من كان يطيق القتال ويجعل مؤنته على الأغنياء. وقوله: **(ويقابل عوض)** يعني حصة من الشرب فلا يعارض به؛ أي فلا يعارض الضرر العام بالضرر الخاص، بلْ يغلب جانب الضرر العام فيجعل ضرراً، ويجب السعي في إعدامه وإن بقي الضرر الخاص. وقوله: **(خيفة الانبثاق)** يقال بثق السيل موضع كذا: أي خرقه وشقه. وقوله: **(لما بينا)** إشارة إلى قوله لأن الحق لهم والمنفعة تعود إليهم على الخلوص. ثم قيل: يجبر الآبي كما في الثاني وهو قول أبي بكر الإسكاف رحمه الله: وقيل لا يجبر وهو قول أبي بكر بن أبي سعيد البلخي رحمه الله. وقوله: **(فاستوت الجهتان)** يعني في الخصوص، بخلاف ما تقدم وهو الإجبار في النهر الثاني، فإن من أبى من أهله يجَبر عليه هناك لأن إحدى الجهتين عام والأخرى خاص، فيجبر الآبي دفعا للضرر العام عن غيره. وقوله: **(ولا جبر لحق الشفة)** جواب عما يقال إن في كري النهر

يكن في بيت المال شيء فالإمام يجبر الناس على كريه إحياء لمصلحة العامة إذ هم لا يقيمونها بأنفسهم، وفي مثله قال عمر رضي الله عنه: لو تركتم لبعتم أولادكم[1]، إلا أنه يخرج له من كان يطيقه ويجعل مؤنته على المياسير الذي لا يطيقونه بأنفسهم. وأما الثاني فكريه على أهله على بيت المال، لأن الحق لهم والمنفعة تعود إليهم على الخصوص والخلوص، ومن أبى منهم بجبر على كريه دفعا للضرر العام وهو ضرر بقية الشركاء وضرر الآبي خاص ويقابله عوض فلا يعارض به؛ ولو أرادو أن يحصنوه خيفة الانبثاق وفيه ضرر عام كغرق الأراضي وفساد الطرق يجبر الآبي، وإلا فلا لأنه موهوم بخلاف الكري لأنه معلوم. وأما الثالث وهو الخاص من كل وجه فكريه على أهله لما بينا ثم قيل يجبر الآبي كما في الثاني. وقيل لا يجبر لأن كل واحد من الضررين خاص. ويمكن دفعه عنهم بالرجوع على الآبي بما أنفقوا فيه إذا كان بأمر القاضي فاستوت الجهتان، بخلاف ما تقدم، ولا يجبر لحق الشفة كما إذا امتنعوا جميعاً ومؤنة كري النهر المشترك عليهم من أعلاه، فإذا جاوز أرض رجل رفع عنه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: هي عليهم جميعاً من أوّله إلى آخره بحصص الشرب والأرضين، لأن لصاحب الأعلى حقاً في الأسفل لاحتياجه إلى تسييل ما فضل من الماء فيه. وله أن المقصد من الكري الانتفاع بالسقي وقد حصل لصاحب الأعلى فلا يلزمه إنفاع غيره، وليس على صاحب السيل عمارته كما إذا كان له مسيل على سطح غيره، كيف وأنه يمكنه دفع الماء عن أرضه بسدّه من أعلاه، ثم إنما يرفع عنه إذا جاوز أرضه كما ذكرناه. وقيل إذا جاوز فوّهة نهره، وهو مرويّ عن محمد رحمه الله. والأول أصح لأن له رأياً في اتخاذ الفوّهة من أعلاه وأسفله، فإذا جاز الكري أرضه حتى سقطت عنه مؤنته قيل له أن يفتح الماء ليسقي أرضه لانتهاء الكري في حقه، وقيل ليس له ذلك مال لم يفرغ شركاؤه نفياً لاختصاصه، وليس على أهل الشفة من الكري شيء لأنهم لا يحصون ولأنهم أتباع.

الماء انتهى فتأمل قوله: **(وله أن المقصد من الكري الانتفاع بالسقي وقد حصل لصاحب الأعلى فلا يلزمه إنفاع غيره)** قال صاحب النهاية: والصواب نفع غيره، لأن الإنفاع في معنى النفع غير مسموع، كذا وجدت بخط الإمام تاج الدين الزرنوجي، إلى هنا كلامه، واقتفى أثره جماعة من الشراح ولم يزيدوا على ذلك شيئا، وقال صاحب الغاية: استعمل الإنفاع في معنى النفع وهو ضد الضرّ، ولم يسمع ذلك في قوانين اللغة وجاء أرجعته في لغة هذيل بمعنى رجعته ويجوز على قياسه أنفعته بمعنى نفعته، ولكن اللغة لا تصح بالقياس، ويجوز أن يكون ذلك سهواً من الكاتب بأن يكون في الأصل انتفاع غيره من باب الافتعال اهـ كلامه. وقال الشارح العيني بعد نقل كلام هؤلاء الشراح على الترتيب المذكور: قلت: لا يلزم أن تكون الهمزة هنا للتعدية لكون النفع متعدياً بدون الهمزة، بل يجوز أن تكون للتعريض من باب أبعته فإنّ باع متعدّ، ولما قصدوا منه التعريض أدخلوا الهمزة عليه على قصد أن يكون المفعول معرّضاً لأصل الفعل، فإن معنى أبعته عرضته للبيع وجعلته منتسباً إليه، وكذلك ها هنا يكون المعنى فلا يلزمه أن يجعل غيره معرضا للنفع ولا منتسباً إليه انتهى. أقول، ليس هذا بشيء، إذ مآله إثبات اللغة بالقياس، وهو غير صحيح على ما صرحوا به، ولو صح ذلك لكان قياس ما في الكتاب على أرجعه بمعنى رجعه أولى وأحسن من قياسه على أباعه بمعنى عرّضه للبيع كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة.

الخاص إحياء حق الشفة العامة فيكوّن في الترك ضرر عام فينبغي أن يجبر الآبي على الكري دفعاً للضرر عن أهل الشفة وهو قول بعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله وفي ظاهر الرواية لا يجبر الآبي لحق أهل الشفة كما لو امتنع جميع أهل النهر عن كريه فإنهم لا يجبرون على الكري لحق أهل الشفة. وقوله: **(ومؤنة كري النهر المشترك)** ظاهر وقوله: **(فلا يلزمه إنفاع غيره)** قال في النهاية: الصواب نفع غيره لأن الإنفاع في معنى النفع غير مسموع. **(لأنهم لا يحصون)** يعني فكانوا مجهولين.

قال المصنف: **(فلا يلزم إنفاع غيره)** أقول: الصواب نفع غيره، لأن الإنفاع في معنى النفع غير مسموع.

---

(١) أثر عمر لا يوجد. قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٢٩٤: غريب.
وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ٢٤٦: لم أجده.

فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه

قال: **(وتصح دعوى الشرب بغير أرض استحسانا)** لأنه قد يملك بدون الأرض إرثا، وقد يبيع الأرض ويبقي الشرب له وهو مرغوب فيه فيصح فيه الدعوى **(وإذا كان نهر لرجل يجري في أرض غيره فأراد صاحب الأرض أن لا يجري النهر في أرضه ترك على حاله)** لأنه مستعمل له بإجراء مائه. فعند الاختلاف يكون القول قوله، فإن لم يكن

فصل في الدعو والاختلاف والتصرف فيه

لما قرب الفراغ من بيان مسائل الشرب ختمه بفصل يشتمل على مسائل شتى من مسائل الشرب قوله: **(وتصح دعوى الشرب بغير أرض استحساناً، لأنه قد يملك بدون الأرض إرثاً وقد تباع الأرض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فيصح فيه دعوى البيع)** قال في المبسوط: ينبغي في القياس أن لا يقبل منه ذلك، لأن شرط صحة الدعوى إعلام المدعي في الدعوى والشهادة والشرب مجهول جهالة لا تقبل الإعلام، ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب كذا في العناية وغيرها. أقول: فيه إشكال، لأن ما ذكره في الكتاب لا يدفع ذلك الوجه المذكور للقياس في المبسوط، إذ لا شك أن المشروط ينتفي بانتفاء الشرط، فإذا انتفى الإعلام الذي هو شرط صحة الدعوى في دعوى الشرب لجهالته جهالة لا تقبل الإعلام انتفى صحة دعوى الشرب قطعاً فلا يتصور صحة دعواه بما ذكره في الكتاب من كونه مملوكا بدون الأرض إرثاً وباقياً بعد بيع الأرض ومرغوبا فيه وإلا يلزم أن يتحقق المشروط بدون أن يتحقق الشرط، فكيف يصلح ما ذكره في الكتاب أن يكون وجه الاستحسان في مقابلة ذلك الوجه المذكور للقياس في المبسوط، على أن ما ذكره في الكتاب لو كان مصححا لدعوى الشرب مع جهالته لكان مصححاً لدعوى غيره أيضا من الأعيان المجهولة مع كونها باطلة قطعاً. نعم يصلح ما ذكر في الكتاب أن يكون وجه الاستحسان في مقابلة وجه آخر للقياس مذكور أيضاً في المبسوط ومنقول عنه أيضا في النهاية ومعراج الدراية، وهو أن المدعي يطلب من القاضي أن يقضي له بالملك فيما يدعيه إذا ثبت دعواه بالبينة والشرب لا يحتمل التمليك بغير أرض فلا يسمع القاضي فيه الدعوى كالخمر في حق المسلمين، فإن ما ذكر في الكتاب يدفع هذا الوجه ويصير جواباً عنه على وجه الاستحسان تأمل تفهم. ثم أقول: الوجه الأول من ذينك الوجهين للقياس في مسألتنا هذه وإن كان مذكورا في المبسوط والكافي وكثير من شروح هذا الكتاب بطريق النقل عن المبسوط في بعضها وبطريق الأصالة في البعض إلا أنه منظور فيه عندي، لأنهم إن أرادوا بقولهم في ذلك الوجه والشرب مجهولة جهالة لا تقبل الإعلام أن الشرب مطلقاً مجهول جهالة لا تقبل الإعلام فهو ممنوع، فإنه إذا ادّعى شرب يوم في الشهر مثلا يصير الشرب هناك معلوماً نص عليه في الأصل؛ فإنه قال في باب الشهادات في الشرب من الأصل: وإذا كان نهر لرجل في أرضه فادعى رجل فيه شرب يوم في الشهر وأقام على ذلك شاهدين عدلين تقبل هذه الشهادة ويقضى له بذلك استحسانا، لأنها شهادة

فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه

لما قرب من فراغ بيان مسائل الشرب ختمه بفصل يشتمل على مسائل شتى من مسائل الشرب **(يجوز دعوى الشرب بلا أرض استحساناً)** قال في المبسوط: ينبغي في القياس أن لا يقبل منه ذلك لأن شرط صحة الدعوى إعلام المدعي في الدعوى والشهادة، والشرب مجهول جهالة لا تقبل الإعلام، ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب. وقوله: **(ترك على حاله)** معناه لم يكن له ذلك. قوله: **(فإن لم يكن في يده)** يعني بأن لم يكن مستعملاً بإجرائه ماءه فيه أو لم تكن أشجاره في طرفي النهر

فصل في دعوى الشرب

قال المصنف: **(لأنه قد يملك بدون الأرض إرثاً)** أقول: قد يملك بالإرث ما لا يملك بالبيع كالقصاص والخمر قال المصنف: **(وإذا كان النهر لرجل الخ)** أقول: أي ماؤه ذكر المحل وأريد الحال قال المصنف: **(لأنه مستعمل له بإجراء مائه)** أقول: الضمير في قوله

في يده ولم يكن جارياً فعليه البينة أن هذا النهر له، أو أنه قد كان مجراه له في هذا النهر بسوقه إلى أرضه ليسقيها فيقضى له لإثباته بالحجة ملكاً له أو حقاً مستحقاً فيه، وعلى هذا المصب في نهر أو على سطح أو الميزاب أو الممشى في دار غيره، فحكم الاختلاف فيها نظيره في الشرب **(وإذا كان نهر بين قوم واختصموا في الشرب كان الشرب بينهم على قدر أراضيهم)** لأن المقصود الانتفاع بسقيها فيتقدر بقدره، بخلاف الطريق لأن المقصود التطرق وهو في الدار الواسعة والضيقة على نمط واحد، فإن كان الأعلى منهم لا يشرب حتى يسكر النهر لم يكن له ذلك لما فيه من إبطال حق الباقين ولكنه يشرب بحصته. فإن تراضوا على أن يسكر الأعلى النهر حتى يشرب بحصته أو اصطلحوا على أن يسكر كل رجل منهم في نوبته جاز، لأن الحق له، إلا أنه إذا تمكن من ذلك بلوح لا يسكر بما ينكبس به النهر من غير تراض لكونه إضراراً بهم، وليس لأحدهم أن يكري منه نهراً أو ينصب عليه رحى ماء إلا برضا أصحابه، لأن فيه كسر ضفة النهر وشغل موضع مشترك بالبناء، إلا أن يكون رحى لا يضرّ بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها في أرض صاحبها لأنه تصرف في ملك نفسه ولا ضرر في حق غيره. ومعنى الضرر بالنهر ما بيناه

قامت على شرب معلوم من غير أرض، والشهادة على الشرب من غير أرض مقبولة إذا كان الشرب معلوماً. والشرب معلوم لأنهم شهدوا له بشرب يوم من ثلاثين يوماً وهو معلوم، إلى هنا لفظ الأصل، وإن أرادوا بذلك أن الشرب قد يكون مجهولاً فهو مسلم، ولكن لا يجدي شيئاً فيما نحن فيه، إذ لا شك أن المراد بصحة دعوى الشرب بغير أرض استحساناً في مسألتنا هذه صحة دعوى الشرب المعلوم، فإن دعوى الشرب المجهول والشهادة عليه لا تصح أصلاً، نص عليه في الأصل أيضا، فإنه قال فيه: وإن شهدوا أن له شرب يوم ولم يسموا عدد الأيام لا تقبل هذه الشهادة لأنهم شهدوا بشرب مجهول لا يمكن القضاء به لأنه لا يدري أن له شرب يوم من الشهر أو من السنة أو من الأسبوع وجهالة المشهود به تمنع من قبول الشهادة لأنه لا يمكن القضاء بها انتهى قوله: **(فإن لم يكن في يده)** قال في العناية والنهاية: يعني بأن لم يكن مستعملاً بإجراء مائه فيه أو لم تكن أشجاره في طرف النهر انتهى. أقول: في المعنى الأول خلل، إذ لا يخفى على الفطن أنه على تقدير أن يكون مراد المصنف بقوله فإن لم يكن في يده هو المعنى الأول: أي بأن لم يكن مستعملاً بإجراء مائه فيه يلزم أن يلغو قوله ولم يكن جارياً، إذ يكون عدم الجريان حينئذٍ مندرجا في مضمون قوله فإن لم يكن في يده، فيكون قوله ولم يكن جارياً مستدركاً محضاً، فالوجه هو المعنى الثاني وهو إن لم تكن أشجاره في طرفي النهر، فإن كون أشجاره في طرفي النهر علامة أن يكون هذا النهر له، وجريان مائه فيه علامة أن يكون له مجراه في هذا النهر، فيكون قوله فإن لم يكن في يده إشاره إلى انتفاء العلامة الأولى، وقوله ولم يكن جارياً إشارة إلى انتفاء العلامة الثانية، ويصير معنى مجموع كلامه فإن لم يوجد

فعليه: أي فعلى المدعي البينة أن هذا النهر له إن كان يدعي رقبة النهر، أو أنه قد كان مجراه في هذا النهر يسوقه إلى أرضه ليسقيها إن كان يدعي الإجراء في هذا النهر، فإذا أقامها يقضي له لإثباته بالحجة ملكاً له: يعني في الأول أو حقاً مستحقاً فيه: يعني في الثاني، فإن الثابت بالبينة العادلة كالثابت معاينة. وقوله: **(فحكم الاختلاف فيها)** أي اختلاف المدعين في الأمور المذكورة **(نظيره)** أي نظير الاختلاف في الشرب وقوله: **(لأن المقصود الانتفاع بسقيها فيتقدر بقدره)** معارض لأنهم قالوا قد استووا في إثبات اليد على الماء إنما الذي في النهر، والمساواة في اليد توجب المساواة في الاستحقاق. وأجيب بأن إثبات

له عائد إلى النهر مراداً به المعنى الحقيقي على طريقة الاستخدام قوله: **(لا يكون مثل انتفاع من له قطعة واحدة الخ)** أقول: أي لا يكون له انتفاع مثل انتفاع من له الخ قال المصنف: **(وكذا إذا كانت القسمة بالكوى)** أقول بكسر الكاف قال الزيلعي: أي ليس له توسيع فم النهر لأنه يحبس الماء في ذلك الموضع فيدخل في كونه أكثر مما كان يدخل قبله انتهى. وقال الأكمل وغيره: معناه ليس له أن يوسع الكوة لكن لا يخفى أن ما ذكره الزيلعي أوجه وأولى قال المصنف: **(حتى لا يضمن إذا سقى من شرب غيره)** أقول: ذكر المصنف في باب البيع الفاسد من بيوع هذا الكتاب أن الشرب يجوز بيعه مفرداً في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لأنه حظ من الماء ولهذا يضمن

من كسر ضفته، وبالماء أن يتغير عن سننه الذي كان يجري عليه، والدالية والسانية نظر الرحى، ولا يتخذ عليه جسراً ولا قنطرة بمنزلة طريق خاص بين قوم، بخلاف ما إذا كان لواحد نهر خاص يأخذ من نهر خاص بين قوم فأراد أن يقنطر عليه ويستوثق منه له ذلك أو كان مقنطراً مستوثقاً فأراد أن ينقض ذلك ولا يزيد ذلك في أخذ الماء حيث يكون له ذلك لأنه يتصرف في خالص ملكه وضعاً ورفعاً. ولا ضرر بالشركاء بأخذ زيادة الماء، ويمنع من أن يوسع فم النهر لأنه يكسر ضفة النهر ويزيد على مقدار حقه في أخذ الماء، وكذا إذا كانت القسمة بالكوى، وكذا إذا أراد أن يؤخرها عن فم النهر فيجعلها في أربعة أذرع منه لاحتباس الماء فيه فيزداد دخول الماء فيه، بخلاف ما إذا أراد أن يسفل كواه أو يرفعها حيث يكون له ذلك في الصحيح، لأن قسمة الماء في الأصل باعتبار سعة الكوة وضيقها من غير اعتبار التسفل والترفع وهو العادة فلم يكن فيه تغيير موضع القسمة، ولو كانت القسمة وقعت بالكوى فأراد أحدهم أن يقسم بالأيام ليس له ذلك لأن القديم يترك على قدمه لظهور الحق فيه، ولو كان لكل منهم

شيء من العلامتين فعلى المدعي البينة أن هذا النهر له أو أنه كان له مجراه في هذا النهر فينتظم السياق واللحاق كما ترى. لا يقال: يجوز أن يكون مراد صاحبي العناية والنهاية تفسير مجموع قول المصنف، فإن لم يكن في يده ولم يكن جارياً على أن يكون قولهما بأن لم يكن مستعملاً بإجراء مائه فيه ناظراً إلى قوله ولم يكن جارياً، وأن يكون قولهما أو لم تكن أشجاره في طرفي النهر ناظراً إلى قوله فإن لم يكن في يده على على طريقة اللفّ والنشر الغير المرتب. لأنا نقول: مع كون اللفّ والنشرّ الغير المرتب في مثل هذا المقام من قبيل الإلغاز في الكلام لا يستقيم حينئذٍ كلمة أو في قولهما أو لم تكن أشجاره في طرفي النهر فإنها لأحد الأمرين، فيلزم أن يكون معنى كلام المصنف: فإن انتفت إحدى العلامتين فعليه البينة، وليس بصحيح، فإنه إذا انتفت إحداهما ووجدت أخراهما لا

اليد على الماء هو بالانتفاع بالماء، وانتفاع من له عشر قطاع لا يكون مثل انتفاع من له قطعة واحدة فلا يتحقق التساوي في إثبات اليد. وقوله: **(لم يكن له ذلك)** أي لم يكن لصاحب الأعلى السكر **(لما فيه)** أي في السكر من إبطال حق الباقين ولكن يشرب بحصته يعني من غير سكر. وقوله: **(إلا أنه إذا تمكن من ذلك)** يعني إذا اصطلحوا على السكر ليس لمن يسكر أن يسكر بما ينكبس به النهر كالطين ونحوه إذا أمكنه أن يسكر بلوح أو باب خشب لكونه إضراراً بهم فيمنع ما فضل عن السكر عنهم إلا إذا رضوا بذلك، فإن لم يكن لواحد منهم الشرب إلا بالسكر ولم يصطلحوا على شيء يبدأ أهل الأسفل حتى يرووا، ثم بعد ذلك أهل الأعلى أن يسكروا لأن في السكر إحداث شيء في وسط النهر المشترك، فلا يجوز ذلك ما بقي حق جميع الشركاء، وحق أهل الأسفل ثابت ما لم يرووا فكان لهم أن يمنعوا أهل الأعلى من السكر، وهذا معنى قول ابن مسعود رضي الله عنه: أهل أسفل النهر أمراء على أهل أعلاه حتى يرووا لأن لهم أن يمنعوا أهل الأعلى من السكر وعليهم طاعته في ذلك، ومن لزمك طاعته فهو أميرك. وقوله: **(والدالية والسانية نظير الرحى)** الدالية: جذع طويل مركب تركيب مداق الأرز وفي رأسه مغرفة كبيرة يسقي بها. والسانية: البعير يستقي من البئر، والجسر: اسم لما يوضع ويرفع مما يكون متخذاً من الخشب والألواح. والقنطرة: مما يتخذ من الحجر والآجر موضوعاً لا يرفع، وكل ذلك يحدثه من يتخذه في ملك مشترك فلا يملك إلا برضاهم سواء كان منهم أو من غيرهم. وقوله: **(وكذا إذا كانت القسمة بالكوى)** الكوة: ثقب البيت والجمع كواء بالمد، وكوى مقصور، ويستعار لمفاتح الماء إلى المزارع والجداول فيقال كوى النهر، ومعناه ليس له أن يوسع الكوة. وقوله: **(وكذا إذا أراد أن يؤخرها عن فم النهر فيجعلها في أربعة أذرع منه)** أي من فم النهر، وهذا تقدير اتفاقي والعبرة للاحتباس. وصورة هذا إذا كانت الألواح التي فيها الكوّة في فم النهر فأراد أن يؤخرها عن ضفة النهر فيجعلها في وسط النهر ويدع فوهة النهر بغير لوح، ومعنى قوله يسفل كواه: أي يجعلها أعمق مما كانت وهي في ذلك الموضع أو يرفعها إلى وجه

بالإتلاف، وله حظ من الثمن على ما ذكر في كتاب الشرب انتهى. قيل قوله حتى لا يضمن إذا سقى من شرب غيره يناقض قوله ولهذا يضمن بالإتلاف مناقضة ظاهرة انتهى. لا يقال: المراد بإتلاف الشرب إتلافه بالكلية وسقي الأرض من شرب غيره لا يستلزمه لأنهم صرحوا بخلافه فليراجع شرح الكنز هناك. وفي الكفاية: هذا على رواية الأصل، واختيار فخر الإسلام أنه يضمن؛ انتهى كلام صاحب

كوى مسماة في نهر خاص ليس لواحد أن يزيد كوة وإن كان لا يضرّ بأهله لأن الشركة خاصة، بخلاف ما إذا كانت الكوى في النهر الأعظم لأن لكل منهم أن يشق نهراً منه ابتداء فكان له أن يزيد في الكوى بالطريق الأولى **(وليس لأحد الشركاء في النهر أن يسوق شربه إلى أرض له أخرى ليس لها في ذلك شرب)** لأنه إذا تقادم العهد يستدل به على أنه حقه **(وكذا إذا أراد أن يسوق شربه في أرضه الأولى حتى ينتهي إلى هذه الأرض الأخرى)** لأنه يستوفي زيادة على حقه، إذ الأرض الأولى تنشف بعض الماء قبل أن تسقى الأرض الأخرى، وهو نظير طريق مشترك أراد أحدهم أن يفتح فيه باباً إلى دار أخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التي يفتحها في هذا الطريق. ولو أراد الأعلى من الشريكين في النهر الخاص وفيه كوى بينهما أن يسد بعضها دفعاً لفيض الماء عن أرضه كي لا تنزّ ليس له ذلك لما فيه من الضرر بالآخر، وكذا إذا أراد أن يقسم الشرب مناصفة بينهما لأن القسمة بالكوى تقدمت إلا أن يتراضيا لأن الحق لهما، وبعض التراضي لصاحب الأسفل أن ينقض ذلك. وكذا لورثته من بعده لأنه إعارة الشرب، فإن مبادلة الشرب بالشرب باطلة، والشرب مما يورث ويوصي بالانتفاع بعينه، بخلاف البيع والهبة والصدقة والوصية بذلك حيث لا تجوز العقود إما للجهالة أو للغرر، أو لأنه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن إذا سقى من شرب غيره، وإذا بطلت العقود فالوصية بالباطل باطلة، وكذا لا يصلح مسمى في النكاح حتى يجب مهر المثل. ولا في الخلع حتى

يجب عليه البينة، ولهذا قال المصنف: ولم يكن جارياً بكلمة الواو إشارة إلى انتفائهما معا قوله: **(والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه، بخلاف البيع والصدقة والهبة والوصية بذلك حيث لا تجوز العقود إما للجهالة أو للغرر، أو لأنه ليس بمال متقوّم حتى لا يضمن إذا سقي من شرب غيره)** ذكر المصنف في باب البيع الفاسد من كتاب البيوع أن الشرب يجوز بيعه تبعاً للأرض باتفاق الروايات، ومفرداً في رواية، وهو اختيار مشاريخ بلخ لأنه حظ من الماء ولهذا يضمن بالإتلاف وله قسط من الثمن على ما ذكره في كتاب الشرب انتهى. فتوهم بعضهم أن قوله ها هنا حتى لا يضمن إذا سقي من شرب غيره يناقض قوله هناك ولهذا يضمن بالإتلاف مناقضة ظاهرة. أقول: ليس ذاك بشيء لأن بناء كلامه في المقامين على الروايتين، فما ذكره ها هنا على رواية الأصل وهو مختار شيخ الإسلام خواهر زاده، وما ذكره هناك على ما قاله الإمام فخر الإسلام البزدوي. وقد أفصح عنه صاحب الخلاصة

الأرض. وقوله: **(وهو نظير طريق مشترك)** يعني من حيث أنه يزيد في الشرب ما ليس له منه حق في الشرب ويزيد من المارة من ليس له حق في المرور وقيد بقوله: **(ساكنها غير ساكن هذه الدار)** لأنه لو كان ساكن الدارين واحداً كان له أن يفتح باباً إلى دار أخرى. وقوله: **(وكذا إذا أراد أن يقسم الشرب مناصفة بينهما)** بأن يقول لشريكه اجعل لي نصف الشهر ولك نصفه، فإذا كان في حصتي سددت ما بدا لي منها وأنت حصتك فتحتها كلها فليس له ذلك بعد ما كانت القسمة بينهما بالكوى، لأن الانتفاع بالماء في القسمة الأولى مستدام وفي الثانية في بعض المدة، وربما يضرّ ذلك بصاحب السفل. وقوله: **(لأنه إعارة)** لأن كل واحد منهما مُعير لصاحبه نصيبه من الشرب من الشهر لتعذر جعل ما تراضيا عليه مبادلة، فإن بيع الشرب بالشرب وإجارته به باطل، وإذا كانت عارية فللمعير أن يرجع متى شاء. وقوله: **(والشرب مما يورث ويوصي بالانتفاع بعينه)** بناء على أن الورثة خلفاء الميت فيقومون مقامه في أملاكه وحقوقه، وعدم جواز بيعه وهبته لا يستلزم عدم جواز ذلك؛ ألا ترى أن القصاص والدين والخمر يملك بالإرث وإن لم يملك بالبيع ونحوه، والوصية أخت الميراث. وقوله: **(بعينه)** احتراز عن الإيصاء ببيع الشرب كما سنذكره. والحاصل أن الشرب بغير الأرض لا يملك بشيء من العقود، فإذا سماه في النكاح صح النكاح ووجب مهر المثل، وإذا سماه في الخلع صح الخلع وعليها ردّ ما قبضت من المهر، وإذا جلعه بدل الصلح فالمدعي على دعواه إذا لم يكن عن قصاص، فإن كان فعلى القاتل الدية وأرش الجارحة وقوله: **(والأصح)** إشارة إلى وجود

الكفاية. ثم أقول: فعلى هذا لا مناقضة فيه أصلاً لابتناء الكلامين على الروايتين، فاندفع اعتراض صاحب القيل قوله: **(لو اتفقوا على جواز بيع الشرب بكم يشتري هذا الشرب)** أقول: فلعلهم جوزوا بيعه في صورة موت صاحبه مديوناً استحساناً على خلاف القياس.

يجب ردّ ما قبضت من الصداق لتفاحش الجهالة. ولا يصلح بدل الصلح عن الدعوى لأنه لا يملك بشيء من العقود. ولا يباع الشرب في دين صاحبه بعد موته بدون أرض كما في حال حياته. وكيف يصنع الإمام؟ الأصح أن يضمه إلى أرض لا شرب لها فيبيعها بإذن صاحبها ثم ينظر إلى قيمة الأرض مع الشرب وبدونه فيصرف التفاوت إلى قضاء الدين، وإن لم يجد ذلك اشترى على تركة الميت أرضاً بغير شرب ثم ضم الشرب إليها وباعهما فيصرف من الثمن إلى ثمن الأرض ويصرف الفاضل إلى قضاء الدين **(وإذا سقى الرجل أرضه أو مخرها ماء)** أي ملأها **(فسال من مائها في أرض رجل فغرّقها أو نزّت أرض جاره من هذا الماء لم يكن عليه ضمانها)** لأنه غير متعدّ فيه.

حيث قال: رجل له نوبة ماء في يوم معين من الأسبوع فجاء رجل فسقى أرضه في نوبته، ذكر الإمام علي البزدوي أن غاصب الماء يكون ضامناً، وذكر في الأصل أنه لا يكون ضامناً، ثم قال: وفي فتاوى الصغرى: رجل أتلف شرب رجل بأن يسقي أرضه بشرب غيره، قال الإمام البزدوي: ضمن، وقال الإمام خواهر زاده: لا يضمن وعليه الفتوى انتهى. وأفصح عنه صاحب الكافي أيضا ها هنا حيث قال: حتى لو أتلف شرب إنسان بأن يسقي أرضه من شرب غيره لا يضمن على رواية الأصل وإن اختار فخر الإسلام أنه يضمن انتهى.

الاختلاف، فإن العلماء رحمهم الله اختلفوا في كيفية قضاء الدين من قيمة الشرب، فمنهم من قال السبيل في ذلك أن يقال للمقوّمين إن العلماء لو اتفقوا على جواز بيع الشرب بكم يشتري هذا الشرب، وقال بعضهم: يضم هذا الشرب إلى جريب من الأرض من أقرب ما يكون من هذا الشرب وينظر بكم يشتري مع الشرب وبكم يشتري بدون الشرب فيكون فضل ما بينهما قيمة الشرب ومنهم من يقول يتخذ حوضاً ويجمع ذلك الماء فيه في كل نوبة ثم يبيع الماء الذي جمعه بثمن معلوم ثم يقضي دينه بذلك. واختار المصنف رحمه ما ذكره في الكتاب. وقوله: (أو مخرها) قال في الصحاح مخرت الأرض: أي أرسلت الماء فيها. وقوله: (لأنه غير متعدّ فيه) يلوح إلى أنه إذا كان متعدياً ضمن، وعدم التعدي إنما يكون إذا سقى أرضه سقياً يسقي مثله في العادة وكان ذلك في نوبته. وقيل إن كان جار تقدم إليه بالأحكام ضمن، وإن لم يتقدم لم يضمن اعتباراً بالحائط المائل، والله تعالى أعلم.

كتاب الأشربة

سمى بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها. قال: (**الأشربة المحرّمة أربعة: الخمر وهي عصير العنب**

كتاب الأشربة

قال جمهور الشراح: ذكر الأشربة بعد الشرب لأنهما شعبتا عرق واحد لفظاً ومعنى، وقصد بعض الفضلاء حلّ مرادهم بعرق واحد لفظاً ومعنى فقال: العرق اللفظي ظاهر وهو الشرب مصدر شرب، والعرق المعنوي لعله الأرض، فإن كلاً منهما يخرج منه إما بالواسطة أو بدونها انتهى. أقول: حمل مرادهم بالعرق المعنوي ها هنا على الأرض بناء على خروج الشرب منها بالذات، وخروج الأشربة منها بالواسطة تعسف جدا لا تقبله الفطرة السليمة. والصواب أن مرادهم بالعرق المعنوي ها هنا هو معنى لفظ الشرب الذي هو مصدر شرب، فإن كلاً منهما مشتق من ذلك المصدر، ولا بد في الاشتقاق من التناسب بين المشتق والمشتق منه في اللفظ والمعنى، وها هنا أيضا كذلك، وهذا معنى كونهما شعبي عرق واحد لفظاً ومعنى، ويرشد إليه ما ذكر في غاية البيان حيث قال: ذكر كتاب الأشربة بعد الشرب لمناسبة بينهما في الاشتقاق وهو اشتراك اللفظين في المعنى الأصلي والحروف والأصول ا هـ. ثم إن من محاسن ذكر الأشربة بيان حرمتها، إذ لا شبهة في حسن تحريم ما يزيل العقل الذي هو ملاك معرفة الله تعالى وشكر إنعامه. فإن قيل: ما باله حلّ للأمم السابقة مع احتياجهم أيضا إلى العقل؟ أجيب بأن السكر حرام في جميع الأديان، وحرم شرب القليل من الخمر علينا كرامة لنا من الله تعالى لئلا نقع في المحظور بأن يدعو شرب القليل منها إلى شرب الكثير ونحن مشهود لنا بالخيرية. فإن قيل: هلا حرمت علينا ابتداء والداعي المذكور موجود؟ أجيب إما بأن الشهادة بالخيرية لم تكن إذ ذاك، وإما لتدريج الضاري لئلا ينفر من الإسلام، كذا في العناية، أقول: في كل من وجهي الجواب الثاني نظر، أما في وجهه الأول فلأن الشهادة بالخيرية وإن لم تكن في ابتداء الإسلام، إلا أن نفس خيرية هذه الأمة كانت في الابتداء كما لا يخفى على أحد، وهي كافية في الكرامة فلا يتم التقريب. وأما في وجهه الثاني فلأن نفره الضاري بالخمر: أي المعتاد بها من الإسلام بتحريم الخمر يوجد بتحريمها في أيّ وقت كان، فإنها إذا لم تحرم في ابتداء الإسلام كان الضاري بها على حاله في ابتداء الإسلام أيضا، فإذا حرم بعد ذلك لزم أن ينفر عنه على مقتضى صعوبة ترك المعتاد، وأيضا احتمال كون الاعتياد بخبيث باعثاً على التنفر عن الإسلام عند النهي عن تعاطي ذلك الخبيث متحقق في كثير من المنكرات التي نهى عنها في ابتداء الإسلام. مع أنه لم يعتبر ذلك في مقابلة ظهور شرف الإسلام فهاهنا أيضا ينبغي أن يكون كذلك، فالوجه الوجيه في الجواب عن السؤال

كتاب الأشربة

ذكر الأشربة بعد الشرب لأنهما شعبتا عرق واحد لفظاً ومعنى، وقدم الشرب لمناسبته لإحياء الموات، ومن محاسنه بيان حرمتها، إذ لا شبهة في حسن تحريم ما يزيل العقل الذي هو ملاك معرفة الله تعالى وشكر إنعامه. فإن قيل: ما باله حلّ للأمم السالفة مع احتياجهم إلى ذلك. أجيب بأن السكر حرام في جميع الأديان وحرم شرب القليل علينا من الخمر كرامة لنا من الله تعالى لئلا نقع في المحظور ونحن مشهود لنا بالخيرية. فإن قيل: هلا حرمت ابتداء والداعي المذكور موجود. أجيب

كتاب الأشربة

قوله: (**ذكر الأشربة بعد الشرب لأنهما شعبتا عرق واحد لفظاً ومعنى**) أقول: العرق اللفظي ظاهر وهو الشرب مصدر شرب؛ والعرق المعنوي لعله الأرض فإن كلاً منهما يخرج منه إما بالوسطة أو بدونها قوله: (**ومن محاسنه بيان حرمتها إلى قوله إلى ذلك**) أقول: الضمير في حرمتها راجع إلى الأشربة وضمير باله إلى «ما» في قوله ما يزيل وأشار بقوله ذلك إلى العقل والمعنى ما بال الشيء الذي يزيل العقل حل للأمم السالفة مع احتياج الأمم السالفة إلى العقل قوله: (**فإن قيل: هلا حرمت ابتداء**) أقول؛ يعني هلا حرمت لنا ابتداء قوله:

إذا غلى واشتدّ وقذف بالزبد، والعصير إذا طبخ حتى يذهب أقل من ثلثيه) وهو الطلاء المذكور في الجامع الصغير **(ونقيع التمر وهو السكر، ونقيع الزبيب إذا اشتدّ وغلى)** أما الخمر فالكلام فيها في عشرة مواضع: أحدها في بيان

الثاني ما ذكره صاحب النهاية حيث قال: فإن قيل: هلا حرّمت الخمر في ابتداء الإسلام مع وجود هذه الحكمة؟ قلنا: أباحه الله تعالى في ابتداء الإسلام ليعاين الفساد في الخمر، حتى إذا حرم عليهم عرفوا منه الحق لديهم، وليس الخبر كالمعاينة انتهى قوله: **(سمى بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها)** يعني سمى هذا الكتاب بالأشربة: أي أضيف إليها، والحال أن الأشربة جمع شراب، وهو اسم في اللغة لكل ما يشرب من المائعات سواء كان حراماً أو حلالاً، وفي استعمال أهل الشرع اسم لما هو حرام منه وكان مسكراً لما فيها: أي في هذا الكتاب من بيان حكمها: أي حكم الأشربة كما سمى كتاب الحدود لما فيه من بيان حكم الحدود، وكما سمى كتاب البيوع لما فيه من بيان حكم البيوع، هذا زبدة ما ذكر ها هنا في جملة الشروح والكافي مع نوع زيادة في حل الألفاظ، قال بعض الفضلاء في تفسير قوله من بيان حكمها: أي بيان حكم أنواعها، وقال: ولعل ذلك تمهيد العذر لعنوانه الكتاب بصيغة الجمع: يعني إنما عنون بها لأن فيه بيان أحكام أنواعها كما في البيوع، أو لإضافة الكتاب إلى الأعيان، والفقه يبحث عن أفعال المكلفين، فوجهه حينئذ أن الحكم وهو الحرمة ها هنا وصف للأعيان لا للأفعال فلذلك عنون بالأعيان ويعلم منه حال الأفعال، والتفصيل في كتب الأصول خصوصاً التلويح في أوائل القسم الثاني، إلى هنا كلامه. أقول: ليس لتوجيهه الذي ذكره لإضافة الكتاب إلى الأعيان معنى محصل، لأنه إن أراد أن الحكم وهو الحرمة ها هنا وصف للأعيان حقيقة لا للأفعال فهو ممنوع، إذ قد تقرر في كتب الأصول سيما في التلويح في أوائل القسم الثاني أن إضافة الحل والحرمة إلى الأعيان كحرمة الميتة والخمر والأمهات ونحو ذلك مجاز عند كثير من المحققين من باب إطلاق اسم المحل على الحال، أو هو مبني على حذف المضاف: أي حرم أكل الميتة وشرب الخمر ونكاح الأمهات لدلالة العقل على الحذف والمقصود الأظهر على تعيين المحذوف. وأما عند بعضهم وإن كانت إضافة الحل والحرمة إلى الأعيان حقيقة لوجهين مفصلين في محله، إلا أن كون إضافتهما إلى الأفعال حقيقة مما لم ينكره أحد قط، بل من يقول بكون إضافتهما إلى الأعيان حقيقة إنما يقيس إضافتهما إلى الأعيان على إضافتهما إلى الأفعال في كونها حقيقة، ويستمد بذلك في توجيه مذهبه، فلا مجال للقول بأن الحرمة وصف للأعيان حقيقة لا للأفعال على كلا المذهبين. وإن أراد أن الحرمة ها هنا وصف للأعيان مجازاً للأفعال لا يتم قوله فلذلك عنون بالأعيان، لأن كون الحرمة وصفاً للأعيان مجازاً لا يقتضي أن يعنون الكتاب بالأعيان، بل رعاية جانب الحقيقة في العنوان أولى وأحسن بلا ريب، فكان الذي ينبغي أن يعنون بالفعل بأن يقال كتاب شرب الأشربة حتى يراعى كون الفقه باحثا عن أفعال المكلفين بلا كلفة أن يقال ويعلم منه حال الأفعال، وبالجملة توجيهه المذكور ليس بتام على كل حال قوله: **(أحدها في بيان ماهيتها)** وقع في بعض النسخ مائيتها بدل ماهيتها. قال في غاية البيان: المائية بمعنى الماهية، وهي ما به الشيء هو هو كماهية الإنسان وهي حيوان ناطق انتهى. قلت: وفي نسخة مائيتها

إما بأن الشهادة بالخيرة لم تكن إذ ذاك وإما لتدريج الضاري لئلا ينفر من الإسلام **(وسمى هذا الكتاب بها)** أي بالأشربة **(وهي جمع شراب)** اسم لما هو حرام منه عند أهل الشرع لما فيه من بيان حكمها. قال: **(الأشربة المحرمة أربعة الخ)** الأشربة المحرمة أربعة: الخمر، وهي عصير العنب إذا غلى واشتد، والمراد بالاشتداد صلاحيته للإسكار وكلامه واضح. وقوله: **(وقال بعض الناس)** قيل يريد به مالكاً والشافعي رحمهما الله. وقوله: **(فيما ذكرناه)** إشارة إلى النيء من ماء العنب، وقوله:

(أجيب إما بأن الشهادة بالخيرية لم تكن إذ ذاك) أقول: الشهادة وإن تأخرت وجوداً لكنها عامة لأول هذه الأمة وآخرها قال المصنف: **(سمى بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها)** أقول: أي بيان حكم أنواعها، ولعل ذلك تمهيد العذر لعنوانه الكتاب بصيغة الجمع: يعني إنما عنون بها لأن فيه بيان أحكام أنواعها كما في البيوع، أو لإضافة الكتاب إلى الأعيان، والفقه يبحث عن أفعال

مائيتها وهي النيء من ماء العنب إذا صار مسكراً وهذا عندنا وهو المعروف عند أهل اللغة وأهل العلم. وقال بعض الناس: هو اسم لكل مسكر لقوله عليه الصلاة والسلام «كل مسكر خمر»[١] وقوله عليه الصلاة والسلام «الخمر من هاتين الشجرتين» وأشار إلى الكرمة والنخلة[٢]، ولأنه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود في كل مسكر. ولنا أنه اسم خاص بإطباق أهل اللغة فيما ذكرنا ولهذا اشتهر استعماله فيه وفي غيره. ولأن حرمة الخمر قطعية وهي في

ها هنا إيهام لطيف لما في قوله وهي النيء من ماء العنب تبصر تقف قوله: **(ولنا أنه اسم خاص بإطباق أهل اللغة فيما ذكرناه)** أقول: لمانع أن يمنع إطباق أهل اللغة على أنه اسم خاص للنيء من ماء العنب إذا صار مسكراً؛ ألا يرى أنه قال في قاموس اللغة: الخمر ما أسكر من عصير العنب أو عام. وقال: والعموم أصح لأنها حرمت وما بالمدينة خمر عنب، وما كان شرابهم إلا البسر والتمر انتهى. وهذا صريح في أن الخمر عند بعض أهل اللغة يعم ماء العنب وغيره، وأن العموم أصح عند صاحب القاموس قوله: **(ولأن حرمة الخمر قطعية وهي في غيرها ظنية)** قال صاحب غاية البيان: بيانه أن النيء المسكر من ماء العنب خمر قطعاً ويقيناً لثبوت ذلك بالإجماع فيترتب عليه الحرمة القطعية، فأما سائر الأشربة ففي تسميتها خمراً شبهة، لأن فيها خلافاً بين أهل العلم، وأدنى درجات الاختلاف إيراث الشبهة فكيف تترتب الحرمة الثابتة قطعاً على ما فيه شبهة، لأن بالشبهة لا يثبت القطع واليقين انتهى. أقول: في هذا البيان خلل، فإنه جعل فيه مدار كون الحرمة في غير النيء المسكر من ماء العنب ظنية اختلاف العلماء في تسمية ذلك خمراً وليس بسديد، إذ المصنف بصدد بيان بطلان ذلك الاختلاف وإثبات أن غير النيء المسكر من ماء العنب لا يسمى خمراً، فلو كان مدار ظنية حرمة غير ذلك اختلافهم في تسمية خمراً لزم المصادرة على المطلوب، فكأنه قال: الخمر هي النيء من ماء العنب إذا صار مسكراً، وغيره ليس بخمر كما زعمه بعض الناس، لأن حرمة الخمر قطعية وحرمة غير النيء من ماء العنب ظنية، لأنا خالفنا في كون غير ذلك خمراً وقلنا: إن اسم الخمر مخصوص بالنيء من ماء العنب لا يطلق على غير ذلك، فأورث خلافنا في ذلك شبهة في كونه خمراً فلم تكن حرمته قطعية، وفي هذا مصادرة كما ترى. وقال صاحب العناية في بيان هذا المقام: يعني أن حرمة الخمر ثابتة بالإجماع فتكون قطعية، وما هو قطعي لا يثبت إلا بقطعي، وكون النيء من ماء العنب خمراً قطعي بلا خلاف فيثبت به، بخلاف غيره فإن فيه اختلافاً بين العلماء، وأدنى درجات الاختلاف إيراث الشبهة فتكون الحرمة قطعية وما يدل عليها ظني انتهى. أقول: وفيه أيضا خلل. أما أولا فما مر آنفا من استلزامه المصادرة على المطلوب، فإن الظاهر من قوله فإن فيه اختلافاً بين العلماء في مقابلة قوله وكون النيء من ماء العنب خمراً قطعي بلا خلاف أن يكون مراده باختلاف العلماء في غير النيء من ماء العنب اختلافهم في كونه خمر فيؤول إلى ما ذكر في غاية البيان. وأما ثانياً فلأن قوله فتكون الحرمة قطعية وما يدل عليها ظني كلام غير صحيح لا ارتباط بما قبله، لأن مدلول ما قبله أن غير النيء من ماء العنب مما وقعت فيه شبهة باختلاف العلماء في حقه، فاللازم منه أن تكون

(في غيره) أي واشتهر في غير النيء من ماء العنب إذا صار مسكراً غير لفظ الخمر كالمثلث والطلاء والباذق والمنصف. وقوله: **(ولأن حرمة الخمر قطعية)** يعني أن حرمة الخمر ثابتة بالإجماع فتكون قطعية، وما هو قطعي لا يثبت إلا بقطعي، وكون النيء من ماء العنب خمراً قطعي بلا خلاف فيثبت به، بخلاف غيره فإن فيه اختلافاً بين العلماء رحمهم الله. وأدنى

المكلفين، فوجهه حينئذٍ أن الحكم وهو الحرمة هنا وصف للأعيان لا للأفعال فلذلك عنون بالأعيان، ويعلم منه حال الأفعال والتفصيل في كتب الأصول خصوصاً التلويح في أوائل القسم الثاني قال المصنف: **(وهو النيء من ماء العنب)** أقول: ذكر الضمير الراجع إلى الخمر

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم وغيره. تقدم في حد الخمر.
(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١٩٨٥ من طرق وأبو داود ٣٦٧٨ والترمذي ١٨٧٥ والنسائي ٨/ ٢٩٤ وابن ماجه ٣٣٧٨ وأحمد ٢/ ٢٧٩. ٤٠٨. ٤٠٩. ٤٧٤. ٤٩٦. ٥١٧ وابن أبي شيبة ٨/ ١٠٩ والطحاوي ٤/ ٢١١ والبيهقي ٨/ ٢٨٩. ٢٩٠ وابن حبان ٥٣٤٤ من طرق كلهم من حديث أبي هريرة.

غيرها ظنية. وإنما سمي خمراً لتخمره لا لمخامرته العقل، على أن ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصاً فيه. فإن

حرمته ظنية، فإن إراد بقوله فتكون الحرمة قطعية فتكون حرمة غير النيء من ماء العنب قطعية لم يكن التفريع صحيحاً قطعاً، وإن أراد به فتكون حرمة الخمر قطعية لم يصح قوله والدليل عليها ظني، إذ لا شكّ أن دليل حرمة الخمر قطعي كما أفصح عنه في صدر بيانه حيث قال: يعني أن حرمة الخمر ثابتة بالإجماع فتكون قطعية، وما هو قطعي لا يثبت إلا بقطعي، فالحق في شرح كلام المصنف ها هنا ما ذكره تاج الشريعة وصاحب الكفاية حيث قالا: يعني فلا يصح أن يصرف تحريمها إلا إلى عين تثبت الحرمة في تلك العين قطعاً، وغير النيء ليس بتلك المثابة لمكان الاجتهاد فيه انتهى. فإنهما لم يريدا بالاجتهاد فيه الاجتهاد في تسميته خمراً حتى يلزم المصادرة على المطلوب، بل أراد به الاجتهاد في عدم حرمته كما أشار إليه المصنف فيما بعد حيث قال في العصير إذا طبخ حتى يذهب أقل من ثلثيه بعد بيان أنه حرام عندنا. وقال الأوزاعي: إنه مباح، وقال في نقيع التمر بعد بيان أنه حرام. وقال شريك بن عبد الله: إنه مباح، وقال في نقيع الزبيب بعد بيان أنه حرام إذا اشتد وغلى، ويتأتى فيه خلاف الأوزاعي، ثم إن بعض الفضلاء طعن في هذا التعليل المذكور من قبلنا حيث قال: لا يقول الخصم بقطعية حرمة غير النيء؛ ألا يرى أنهم لا يكفرون مستحله فلا يتوجه عليهم الإلزام، وهذا كالربا فإن حرمته قطيعة وحرمة بيع لحفن بالحفن متفاضلاً مثلاً ليست بقطعية انتهى. أقول: ليس هذا بشيء، لأن عدم قول الخصم بقطعية حرمة غير لنيء من ماء العنب لا ينافي توجه الإلزام عليهم. بل بذلك يتوجه الإلزام عليهم لأن حرمة الخمر قطعية بلا ريب لما سيأتي في الكتاب أن الله سبحانه وتعالى سمى الخمر في كتابه الكريم رجساً والرجس ما هو محرم العين. وقد جاءت السنة متواترة أن النبي ﷺ حرّم الخمر وعليه انعقد اجماع الأمة[1]. وما ثبت بهذه الأدلة القطعية قطعي جزماً. فإذا لم يقل الخصم بقطعية حرمة غير النيء من ماء العنب تعين أن لا يكون غير النيء خمراً إذ لا شك أن قطعية الحرمة وعدم قطعيتها لا يجتمعان في محل واحد. فقد توجه عليهم الإلزام في قولهم إن كل مسكر خمر، وتنظيره الذي ذكره بقوله وهذا كالربا إلى آخره لا يجدي شيئا، لأن علة الربا عندنا الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس، وعند الشافعي الطعم في المطعومات والثمنية في الأثمان، ففي بيع الحفنة بالحفنة متفاضلاً لا يوجد الربا عندهم لعدم وجود علته فلا يحرم ذلك البيع. وأما عند الشافعي فيوجد فيه الربا لوجود علته فيحرم فكون حرمة الربا قطعية يصير حجة على الشافعي

درجات الاختلاف إيراث الشبهة فتكون الحرمة قطعية وما يدل عليها ظني. وقوله: (وإنما سمي) يعني غير النيء (خمراً لتخمره) أي لصيرورته مرًّا كالخمر لا لمخامرته، جواب عن قولهم سمي خمراً لمخامرته العقل. ولئن سلمنا أنه مشتق منها لكن لا ينافي اختصاصه بالنيء من ماء العنب لجواز أن يكون المشتق مخصوصاً، فإن النجم مشتق من نجم إذا ظهر، ثم هو

باعتبار الخبر، أو لأن الخمر قد يذكر، صرح به في القاموس قال المصنف: (ولأن حرمة الخمر قطعية وهي في غيره ظنية) أقول: هذا التعليل ينبغي أن يكون لأبي حنيفة، وإلا فعندهما إذا اشتد ولم يقذف بالزبد هو خمر مع أنها ظنية لثبوت الاختلاف المورث للشبهة فينتقض تعليلها لو عللاه به فليتأمل قوله: (وأدنى درجات الاختلاف إيراث الشبهة فتكون الحرمة قطعية) أقول: لا يقول الخصم بقطعية حرمة غير النيء؛ ألا يرى أنهم لا يكفرون مستحله فلا يتوجه عليهم الإلزام، وهذا كالربا فإن حرمته قطعية، وحرمة بيع الحُفن بالحفن متفاضلاً مثلاً ليست بقطعية قوله: (وما يدل عليها ظني) أقول: الواو للحال.

---

(١) هو كما قال المصنف قد ثبت الإجماع على تحريم الخمر وجاء متواتراً، وهو معلوم من الدين بالضرورة، ومستحل الخمر كافرٌ باتفاق أهل العلم. وأما الأحاديث فهي كثيرة ذكرها الزيلعي في نصب الراية ٤/٢٩٦ . ٢٩٩. تركتها خشية التطويل والله لموفق.

النجم مشتق من النجوم وهو الظهور، ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لا لكل ما ظهر وهذا كثير النظير. والحديث الأول[1] طعن فيه يحيى بن معين رحمه الله، والثاني أريد به بيان الحكم إذ هو اللائق بمنصب الرسالة. والثاني في حق ثبوت هذا الاسم وهذا الذي ذكره في الكتاب قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما إذا اشتدّ صار خمراً. ولا يشترط القذف بالزبد لأن الاسم يثبت به، وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر في الفساد بالاشتداد. ولأبي

هناك أيضا لمثل ما قلنا ها هنا فلا فائدة في التنظير أصلاً قوله: **(وإنما سمي خمراً لتخمره لا لمخامرته العقل)** قال بعض الفضلاء: ولك أن تقول هذا منع لا يضر انتهى. أقول: ليس هذا بسديد، إذ لا نسلم أولاً أن هذا منع بل يجوز أن يكون معارضة: يعنى إنما سمي خمراً لتخمره: أي لتشدده وقوته. وهذا المعنى لم يوجد في غير النيء من ماء العنب فلم يكن غيره خمراً، ويشير إليه تفسير تاج الشريعة وصاحب الكفاية هاهنا حيث قالا: أي لتشدده وقوته فإن لها شدة وقوة ليست لغيرها حتى سميت أم الخبائث انتهى. ولئن سلم أن ذاك منع لا معارضة فلا وجه لقوله لا يضر، فإن المقصود بهذا الكلام إنما هو الجواب عن استدلال الخصم عل كون الخمر اسماً لكل مسكر بقوله ولأنه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود في كل مسكر، فإنه إذا منع قوله لأنه مشتق من مخامرة العقل تسقط هذه المقدمة من الاستدلال المذكور فلا يتم دليل الخصم علينا وهو عين الضرر له، ثم إن صاحب العناية قال في شرح كلام المصنف. هذا: وقوله وإنما سمي يعني غير النيء من ماء العنب خمراً لتخمره: أي لصيرورته مراً كالخمر لا لمخامرته جواب عن قولهم سمي خمراً لمخامرته العقل انتهى. أقول: هذا شرح فاسد لا يطابق المشروح أصلاً، إذ حينئذٍ لا يظهر الجواب عن قولهم المذكور ولا يرتبط به قول المصنف فيما بعد على أن ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصا فيه، ولعمري إن هذا الشرح عجيب من مثل ذلك الشارح، وكان لنا أن نحمل كلمة غير في قوله يعني غير النيء على السهو من قلم الناسخ الأول لولا قوله كالخمر قي قوله أي لصيرورته مراً كالخمر، فإن التشبية بالخمر يقتضي أن يكون المشبه غير الخمر وهو غير النيء من ماء العنب، والصواب في شرح هذا المقام أن يقال: يعني إنما سمى النيء من ماء العنب خمراً لتخمره: أي لتغيره واشتداده وهذا المعنى غير موجود في غيره فلم يكن خمر إلا لمخامرته العقل: أي ليست التسمية لمخامرته العقل: أي ستره العقل حتى يوجد وجه التسمية في غير النيء من ماء العنب أيضا فيكون خمراً، فحينئذٍ ينتظم الارتباط بالسباق واللحاق كما لا يخفى. وقال جماعة من الشراح في تفسير قول المصنف لتخمره: أي لصيرورته خمراً. أقول: هذا تفسير خال عن التحصيل مؤدّ إلى تعليل الشيء

خاص بالثريا، وكالقارورة مشتق من القرار ولا يستعمل في الكوز وإن وجد فيه القرار وأنظاره كثيرة. وقوله: **(والحديث الأول)** يريد به «كل مسكر خمر» روي عن يحيى بن معين رحمه الله أنه قال: الأحاديث الثلاثة ليست بثابتة عن رسول الله

قوله: **(وإنما سمي: يعني غير النيء خمراً لتخمره الخ)** أقول: فيه بحث، فإنه حينئذٍ لا يرتبط الجواب للمجاب عنه، لأن تقرير كلامهم فيه كلما كانت الخمر مشتقة من المخامرة، فكل ما يوجد فيه معنى المخامرة فهو خمر، لكن المقدم حق والتالي مثله فليتأمل قال المصنف: **(وإنما سمي خمراً لتخمره)** أقول: ولك أن تقول: هذا منع لا يضر.

---

(١) مراد المصنف ما أخرجه مسلم وأحمد وابن حبان وغيرهم من حديث ابن عمر: «كل مسكر خمر، وكل خمر حرام» وهذا إسناد صحيح رواه أيوب السختياني ثقة حافظ وعن نافع وهو أشهر من أن يبين حاله، فهو أحفظ الناس لحديث ابن عمر. وقد توبع أيوب علىٰ نافع تابعه عبيد الله ابن عمر، وهو حافظ ثقة.
ولذا قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٢٩٥ بعد أن ذكر كلام صاحب الهداية عن ابن معين: وذكر غيره من أصحابنا أن يحيىٰ بن معين طعن في ثلاثة أحاديث منها هذا ومنها: «من مسّ ذكره فليتوضأ»
وحديث: «لا نكاح إلا بولي»
قال الزيلعي: وهذا كله لم أجده في شيء من كتب الحديث والله أعلم.
وأقره الحافظ في الدراية ٢/ ٢٤٧.

حنيفة رحمه الله أن الغليان بداية الشدة وكمالها بقذف بالزبد وسكونه. إذ به يتميز الصافي من الكدر، وأحكام الشرع قطعية فتناط بالنهاية كالحدّ وإكفار المستحل وحرمة البيع. وقيل يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطاً. والثالث أن عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه: ومن الناس من أنكر حرمة عينها وقال إن السكر منها

بنفسه كما يشهد به التأمل الصادق قوله: **(قوله فإن النجم مشتق من النجوم وهو الظهور، ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لا لكل ما ظهر)** قال صاحب العناية في شرح هذا المحل: فإن النجم مشتق من نجم إذا ظهر ثم هو خاص بالثريا انتهى، وتبعه العيني، أقول: هذا شرح غير صحيح لا يطابق المشروح، لأن النجم إنما كان اسماً خاصاً لجنس الكوكب موضوعاً له لظهوره، ثم صار علماً للثريا بلا وضع واضع معين، بل لأجل الغلبة وكثرة استعماله في فرد من أفراد جنسه كما هو حال سائر الأعلام الغالبة على ما تقرر في موضعه. والظاهر أن مراد المصنف بقوله ثم هو اسم خاص للنجم المعروف أنه اسم خاص للظاهر المخصوص وهو جنس الكوكب لا أنه علم خاص لشخص معين من أفراد جنس الكوكب وهو الثريا لأن معنى الظهور إنما لوحظ في مرتبة كون النجم اسماً موضوعاً لجنس الكوكب لا في مرتبة كونه علماً لشخص معين من ذلك الجنس وهو الثريا، فإن كونه علماً له إنما كان بمجرد الغلبة وكثرة الاستعمال فيه لا لملاحظة معنى فيه، ولهذا يقال للأعلام الغالبة أعلام اتفاقية، وهذا كله مما لا سترة به عند من له دربة بالعلوم الأدبية، وكأن صاحب العناية إنما اغترّ بلفظ المعروف في قول المصنف اسم خاص للنجم لمعروف، إلا أن مراده بالنجم المعروف الجنس المخصوص المعروف بإطلاق لفظ النجم عليه من بين ما يوجد فيه معنى الظهور مطلقاً وهو جنس الكوكب تأمل ترشد قوله: **(والثاني أريد به بيان الحكم)** قال في غاية البيان والعناية: يعني إذا اسكر كثيره كان حكمه في الإسكار حكم الخمر في الحرمة وثبوت الحد انتهى، أقول: فيه بحث. لأن حاصلة تفسير الحكم في قوله والثاني أريد به بيان الحكم بالحرمة وثبوت الحد عند إسكار كثيره وليس بتام، لأن قوله عليه الصلاة والسلام «الخمر من هاتين الشجرتين»[1] يفيد الحصر كقوله عليه الصلاة والسلام «الأئمة من قريش»[2] على ما تقرّر في موضعه، فلو كان المراد منه بيان الحكم بالمعنى المذكور في ذينك الشرحين لزم أن لا يصح الحصر والتخصيص بهاتين الشجرتين مشيراً بهما إلى الكرمة، لأن المعنى المذكور فيهما وهو الحرمة وثبوت

ﷺ: أحدها قوله عليه الصلاة والسلام «لا نكاح إلا بوليّ وشاهدي عدل» والثاني «من مسّ ذكره فليتوضأ» والثالث «كل مسكر خمر» وكان يحيى بن معين إماماً حافظاً متقناً حتى قال أحمد بن حنبل رحمه الله: كل حديث لا يعرفه يحيى بن معين فليس بحديث. وقوله: **(والثاني)** يريد به الخمر من هاتين الشجرتين **(أريد به بيان الحكم)** يعني إذا أسكر كثيره كان حكمه في الإسكار حكم الخمر في الحرمة وثبوت الحد، إذ هو اللائق بمنصب الرسالة لكونه مبعوثاً لبيان الشرائع لا لبيان الحقائق. وقوله: **(وقيل يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطاً)** يعني وفي الحدّ يؤخذ بقذف الزبد احتياطاً أيضاً. وقوله: **(وهذا)** أي إنكار حرمة عينها **(كفر)** من المنكر وإن كان قليلاً لحرمة السكر منه **(لأنه جحود الكتاب)** يعني قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر﴾ إلى قوله تعالى: ﴿فهل أنتم منتهون﴾ وقد ذكرنا دلالته على ذلك في «الإشراق شرح مشارق الأنوار» على أحسن ما يكون فليطلب منه ثمة. وقوله: **(وقد جاءت السنة متواترة)** معناه جاء عن النبي ﷺ في الخمر

قال المصنف: **(فإن النجم مشتق من الظهور)** أقول: أي من النجوم الذي بمعنى الظهور، ففي كلامه مسامحة قال المصنف: **(والحديث الأول طعن فيه يحيى بن معين)** أقول: مع أنه يمكن أن يجاب عنه بما أجيب به الحديث الثاني قال المصنف: **(وعندهما إذا اشتد)** أقول: يعني ثبت الاسم به إذا اشتد، والمراد الاسم الشرعي قال المصنف: **(لأن الاسم يثبت به)** أقول: أي بالاشتداد، لكن أبا حنيفة رحمه الله تعالى يمنع هذه المقدمة إن كان المراد الاسم الشرعي، وكيف لا وفيه المصادرة، وإن كان اللغوي يمنع الاستلزام: أي

---

(١) تقدم قبل حديث واحد.

(٢) تقدم في الخلافة والإمارة.

حرام، لأن به يحصل الفساد وهو الصدّ عن ذكر الله، وهذا كفر لأنه جحود الكتاب فإنه تعالى سماه رجساً والرجس ما هو محرم العين. وقد جاءت السنة متواترة «أن النبيّ عليه الصلاة والسلام حرّم الخمر[1]»؛ وعليه انعقد الإجماع، ولأن قليله يدعو إلى كثيره وهذا من خواص الخمر، ولهذا تزداد لشاربه اللذة بالاستكثار منه، بخلاف سائر المطعومات. ثم هو غير معلول عندنا حتى لا يتعدى حكمه إلى سائر المسكرات، والشافعي رحمه الله يعدّيه إليها، وهذا بعيد لأنه خلاف السنة المشهورة وتعليله لتعدية الاسم، والتعليل في الأحكام لا في الأسماء. والرابع أنها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بينا. والخامس أنه يكفر مستحلها لإنكاره الدليل

الحدّ عند إسكار الكثير يتحقق في غير تينك الشجرتين أيضا، فإن نبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير وإن كان حلالاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف إذا لم يصل مرتبة الإسكار وكان من غير لهو وطرب، إلاّ أنه إذا أسكر كثيره صار حراماً بالإجماع، ويثبت به الحدّ على القول الأصح كما سيجيء في الكتاب، والحق أن المراد بالحكم الذي أريد بيانه بالحديث الثاني هو حرمة قليله وكثيره، وهذا المعنى لا يتحقق في المتخذ من غير تينك الشجرتين فيصح الحصر المستفاد من ذلك الحديث بلا غبار، وعبارة صاحب الكافي في تفسير المراد بالحكم ها هنا وإن لم تكن صريحة في حرمة القليل والكثير معاً، إلا أنها بإجمالها لاتنافيها بل تساعدها حيث قال: والمراد بالثاني بيان الحكم وهو الحرمة لا بيان الحقيقة، واقتفى أثره تاج الشريعة وصاحب الكفاية قوله: **(لأن الاسم يثبت به، وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر في الفساد بالاشتداد)** أقول: فيه نظر، لأن قوله لأن الاسم يثبت به مصادرة على المطلوب، لأن مدعاهما ثبوت هذا الاسم بمجرد الاشتداد بدون اشتراط القذف بالزبد ولا يسلمه أبو حنيفة رحمه الله بل يقول باشتراط القذف بالزبد، فتعليل مدعاهما بثبوت هذا الاسم بالاشتداد تعليل الشيء بنفسه، وقوله وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر في الفساد بالاشتداد يشعر بكون حرمة الخمر معلولة، وهذا ينافي ما صرح به فيما بعد من أن عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه، وقد شرح الشارح الكاكي قول المصنف هذا بما هو أظهر في المنافاة حيث قال: وكذا المعنى المحرم وهو الإسكار يحصل بالاشتداد وهو المؤثر في الفساد: أي الإسكار مؤثر في إيقاع العداوة والصد عن ذكر الله تعالى اهـ. إذ لا يخفى أن هذا إنما يلائم قول من قال إنها معلولة بالسكر كما ذكره المصنف فيما بعد بقوله من الناس من أنكر حرمة عينها. وقال: السكر منه حرام لأن به يحصل الفساد وهو الصدّ عن ذكر الله تعالى فتأمل قوله: **(ولأبي حنيفة أن الغليان بداية الشدة وكمالها بقذف الزبد وسكونه إذ به يتميز الصافي من الكدر، وأحكام الشرع قطعية فتناط بالنهاية كالحدّ وإكفار المستحل وحرمة البيع)** أقول: لقائل أن يقول: الكلام في هذا الموضع في حدّ ثبوت اسم الخمر لا في ترتب الأحكام الشرعية عليه فيجوز أن يثبت اسم

أحاديث كلها تدل على حرمة الخمر، وكل واحد منها إن لم يبلغ حدّ التواتر فالقدر المشترك منها متواتر، كشجاعة علي رضي الله عنه وجود حاتم، ويسمى هذا التواتر بالمعنى. وقوله: **(وهذا من خواصّ الخمر)** يعني دعاء القليل إلى الكثير. قال في المبسوط: ما من طعام وشراب إلا ولذته في الابتداء، ولا يزد على اللذة في الانتهاء إلا الخمر، فإن اللذة لشاربها تزداد بالاستكثار منها. وقوله: **(لأنه خلاف السنة المشهورة)** يعني ما روى ابن عباس رضي الله عنهما من قوله ﷺ «حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب» ولما كانت حرمتها لعينها لا يصح التعليل بمعنى المخامرة لتعدية اسمها إلى غيرها. وقوله:

استلزام ثبوت اللغوي ثبوت الشرعي قال المصنف: **(ولأبي حنيفة أن الغليان بداية الشدة وكماله بقذف الزبد الخ)** أقول: فعلى هذا يكون تعريف الخمر بالنيء من ماء العنب إذا صار مسكراً تعريفاً بالأعم عند أبي حنيفة. ويقال: المطلق ينصرف إلى الكامل، وكمال الإسكار بقذف الزبد، فالمراد بالمسكر عنده هو الكامل في الإسكار، يفهم ذلك من تقرير دليله قال المصنف: **(والثالث أن عينها حرام غير معلول بالسكر)** أقول: فرق ما بين السكر والإسكار، فلا يخالف هذا القول لما مر من قوله وكذا المعنى المحرم قوله: **(قد ذكرنا دلالته على ذلك في [الإشراق شرح مشارق الأنوار])** أقول: وفي شرح حديث «إن الله حرم الخمر الخ».

---

(١) تقدم الكلام على ذلك قبل حديثين.

القطعي. والسادس سقوط تقوّمها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها وغاصبها ولا يجوز بيعها لأن الله تعالى لما

الخمر في بداية الشدة ويشترط ترتب الأحكام الشرعية عليه بكمالها فلا يتم التقريب. ويمكن أن يقال: الكلام ها هنا في حدّ ثبوت اسم الخمر في الشرع لا في حدّ ثبوته في اللغة فقط، فإذا ثبت اسمها الشرعي يلزم أن يترتب عليها الأحكام الشرعية بلا تراخ فيه فيتم التقريب تدبر قوله: **(والثالث أن عينها حرام غير معلول بالسكر)** قال بعض الفضلاء: فرق ما بين السكر والإسكار فلا يخالف هذا القول لما مر من قوله وكذا المعنى المحرم انتهى، أقول: ليس هذا بشيء، لأن السكر لازم الإسكار ومطاوعه فلا يفترقان في التحقيق، فالتعليل بأحدهما يؤدي إلى التعليل بالآخر، ومجرد الفرق بينهما في المفهوم لا يجدي شيئا فقهياً ها هنا كما لا يخفى، كيف ولا شك أن مراد المصنف بيان كون حرمتها لعينها غير معلولة بشيء ما أصلاً، لا أنها غير معلولة بالسكر ولكنها معلولة بشيء آخر كالإسكار، لأن ما ذكره فيما بعد من لزوم الكفر وجحود كتاب الله تعالى إنما يترتب على ادعاء كونها معلولة بما ينافي كونها محرمة العين مطلقاً لا على ادعاء كونها معلولة بالسكر فقط، وإنما قال غير معلول بالسكر لكون الواقع في كلام المنكر هذه العبارة تبصر تفهم قوله: **(والشافعي يعديه إليها، وهذا بعيد لأنه خلاف السنة المشهورة)** قال تاج الشريعة: وهي ما روى ابن عباس من قوله ﷺ «حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شرب»[1] وقالوا: ولما كانت حرمتها لعينها لا يصح التعليل لأن التعليل حينئذٍ يكون مخالفاً للنص انتهى، أقول: لقائل أن يقول: إن كان تعليلها وتعديتها إلى غيرها منافياً لحرمة عينها يلزم من تعليلها وتعديتها إلى سائر المسكرات المخالفة لكتاب الله تعالى أيضا فإنه سماه رجساً، والرجس ما هو محرم العين كما مر، والسنة المتواترة وإجماع الأمة أيضا على ما مر من قبل، وذلك يؤدي إلى جحود تلك الأدلة القطعية، وحاشى للشافعي من ذلك، وإن لم يكن تعليلها وتعديتها إلى غيرها منافياً عينها بل كانت حرمة عينها ثابتة بتلك الأدلة القطعية وحرمة عين غيرها ثابتة بتعدية حرمة عينها إلى حرمة عين غيرها بطريق القياس لم يتم القول بأنه خلاف السنة المشهورة، لأن مدلول السنة المشهورة إنما هو حرمة عين الخمر، والفرض أن تعديتها إلى غيرها لا ينافي حرمة عينها، ثم أقول: الحق عندي ها هنا أن تعليلها بالإسكار ينافي حرمة عينها، لأن قليلها ليس بمسكر فيلزم أن لا يكون قليلها حراماً على مقتضى التعليل بالإسكار، ويلزم منه أن لا يكون عينها حراماً، لكن الشافعي لم يقل بتعليلها بالإسكار، وأما تعليلها بما هو غير منفك عن عينها بل هو لازم لها كالمخامرة ونحوها، فالظاهر أنه لا ينافي حرمة عينها، والشافعي إنما قال بتعليلها بالمخامرة فعدى حكمها إلى غيرها من المسكرات حتى أوجب الحدّ بشرب قطرة من الباذق قياساً على الخمر كما صرح به في الكافي

(حتى لا يضمن متلفها) لا يدل على إباحة إتلافها. وقد اختلفوا فيها، فقيل: يباح، وقيل لا يباح إلا لغرض صحيح بأن كانت عند شريب خيف عليه الشرب، وأما إذا كانت عند صالح فلا يباح لأنه يخللها. وقوله: **(والسابع حرمة الانتفاع بها)** يريد التداوي بالاحتقان وسقي الدواب والإقطار في الإحليل. وقوله: **(إلا أن حكم القتل قد انتسخ)** يعني بقوله ﷺ «لا يحل دم امرىء مسلم إلا بإحدى معان ثلاث» الحديث. وقوله: **(على ما قالوا)** قال شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله: لم يذكر محمد أنه إذا شرب بعد الطبخ ولم يسكر هل يجب عليه الحد؟ ثم قال: ويجب أن لا يجب عليه الحدّ لأنه ليس بخمر لغة، فإن الخمر لغة هو النيء من ماء العنب وهذا ليس بنيء. وقوله: **(والمنصف)** قيل يجوز أن يكون منصوباً عطفاً على قوله

قال المصنف: **(والشافعي يعديه إليها)** أقول: أنث الضمير الراجع إلى سائره لاكتسابه التأنيث من المضاف إليه قال المصنف: **(والتعليل في الأحكام لا في الأسماء)** أقول: فإن قيل: الشافعي أيضاً يعدي الحكم كما اعترف به المصنف آنفاً فما وجه هذا الكلام؟ قلنا: إنما يعدي الحكم بواسطة تعدية الأسماء فليتأمل.

---

(١) إسناده ضعيف والراجح وقفه على ابن عباس كما قال النسائي في أواخر الجزء الثامن في الأشربة. وتقدم بيانه في الحدود في حد الخمر.

نجسها فقد أهانها والتقوّم يشعر بعزتها. وقال عليه الصلاة والسلام «إن الذي حرّم شربها حرّم بيعها وأكل ثمنها»[١] واختلفوا في سقوط ماليتها، والأصح أنه مال لأن الطباع تميل إليها وتضنّ بها. ومن كان له على مسلم دين فأوفاه ثمن خمر لا يحلّ له أن يأخذه، ولا للمديون أن يؤديه لأنه ثمن بيع باطل وهو غصب في يده أو أمانة على حسب اختلفوا فيه كما في بيع الميتة. ولو كان الدين على ذمي فإنه يؤديه من ثمن الخمر، والمسلم الطالب يستوفيه لأن بيعها فيما بينهم جائز. والسابع حرمة الانتفاع بها لأن الانتفاع بالنجس حرام، ولأنه واجب الاجتناب وفي الانتفاع به اقتراب. والثامن أن يحدّ شاربها وإن لم يسكر منها لقوله عليه الصلاة والسلام «من شرب الخمر فاجلدوه، فإن عاد فاجلدوه، فإن عاد فاجلدوه، فإن عاد فاقتلوه»[٢] إلا أن حكم القتل قد انتسخ فبقي الجلد مشروعاً، وعليه انعقد إجماع الصحابة رضي الله عنهم، وتقديره ذكرناه في الحدود. والتاسع أن الطبخ لا يؤثر فيها لأنه للمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها، إلا أنه لا يحدّ فيه ما لم يسكر منه على ما قالوا، لأن الجدّ بالقليل في النيء خاصة،

والشروح فمن أين يلزمه المخالفة للسنة المشهورة قوله: **(الرابع أنها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بينا)** أقول: فيه شيء وهو أن الثابت بالدلائل القطعية على ما بينه فيما مر آنفاً إنما هو حرمتها، فإن استلزمت حرمتها القطعية كونها نجسة نجاسة غليظة فما معنى جعل كونها نجسة نجاسة غليظة موضعاً رابعاً مبحوثاً عنه بالأصالة وإن لم تستلزمه فما معنى الحوالة على تلك الدلائل المارة. نعم واحد من تلك الدلائل وهو كتاب الله تعالى يدل صراحة على كونها نجسة، فإنه سماها رجساً، والرجس هو القذر على ما نص عليه في عامة كتب اللغة، إلا أنه يبقى الكلام في صيغة الجمع في قوله لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بيناه، فالأولى ها هنا تحرير صاحب الكافي حيث قال: وهي نجسة غليظة كالبول والدم لأنها سميت رجساً بالنص القطعي انتهى قوله: **(والسادس سقوط تقوّمها في حق المسلم لا يضمن متلفها وغاصبها، ولا يجوز بيعها لأن الله تعالى لما نجسها فقد أهانها والتقوّم يشعر بعزّتها)** أقول: لقائل أن يقول؛ هذا التعليل ينتقض بالسرقين فإنه نجس العين مع أنه مال متقوّم يجوز بيعه عندنا كما مر في فصل البيع من كتاب الكراهية حيث قال: ولا بأس ببيع السرقين ويكره بيع العذرة، وقال الشافعي: لا يجوز بيع السرقين أيضاً لأنه نجس العين فشابه العذرة، وجلد الميتة قبل الدباغ. ولنا أنه منتفع به لأنه يلقى في الأراضي لاستكثار الريع فكان مالاً والمال محل للبيع، بخلاف العذرة انتهى فتأمل قوله: **(والسابع حرمة الانتفاع بها لأن الانتفاع بالنجس حرام)** أقول: انتقاض هذا التعليل بالسرقين أظهر مما مر آنفا فتدبر قوله: **(وأما العصير إذا طبخ حتى**

الباذق: أي يسمى العصير الذاهب أقل من ثلثيه الباذق، ويسمى المنصف أيضاً لأنه قال: الأشربة المحرمة أربعة: وهي الخمر، والعصير الذاهب أقل من ثلثيه، ونقيع التمر، ونقيع الزبيب. فلو كان الباذق غير المنصف لكانت الأشربة المحرمة خمسة. ويجوز أن يكون مرفوعاً لأنه نوع من الذاهب أقل من ثلثيه لأنه أعم من أن يكون منصفاً أو غيره، والأول أوجه معنى وهذا أوجه لفظاً، لأنه لو كان منصوباً لقال أيضاً. وقوله: **(وهو النيء من ماء التمر: أي الرطب)** إنما فسر التمر بالرطب لأن المتخذ من التمر اسمه نبيذ التمر لا السكر وهو حلال على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله على ما سيجيء. قوله: **(فهو حرام مكروه)** أردف الحرام بالكراهة إشارة إلى أن حرمته ليست كحرمة الخمر، لأن مستحل الخمر يكفر ومستحل غيرها لا يكفر. وقوله: **(ويدل عليه ما رويناه من قبل)** يعني قوله ﷺ «الخمر من هاتين الشجرتين» وأشار إلى الكرمة والنخلة. وقوله: **(والآية محمولة على الابتداء إذ كانت الأشربة مباحة)** لأنها مكية وحرم الخمر بالمدينة، وهذا على تقدير أن يكون

---

(١) صحيح. أخرجه مالك ٢/٨٤٦ ومن طريقه الشافعي ١/١٤٠ . ١٤١ ومسلم ١٥٧٩ والنسائي ٧/٣٠٧ . ٣٠٨ وابن حبان ٤٩٤٢ والبغوي ٢٠٤٢ والبيهقي ٦/١١ . ١٢ كلهم عن زيد بن أسلم عن ابن وعلة أنه سأل ابن عباس عن بيع الخمر. فقال ابن عباس: «أهدى رجلٌ لرسول الله ﷺ راوية خمرٍ. فقال له رسول الله ﷺ: أما علمت أن الله حرمها؟ قال: لا. فسارَّهُ رجل إلى جنبه فقال له: لم ساررته؟ فقال: أمرته أن يبيعها. فقال له رسول الله ﷺ: إن الذي حرم شربها حرم بيعها، ففتح المزادتين حتى ذهب ما فيهما»

(٢) تقدم في الحدود مستوفياً وإسناده جيد لكن الجمهور على أنه منسوخ. أنظر حدّ الخمر.

لما ذكرنا وهذا قد طبخ. والعاشر جواز تخليلها وفيه خلاف الشافعي وسنذكره من بعد إن شاء الله تعالى، هذا هو الكلام في الخمر. وأما العصير إذ طبخ حتى يذهب أقل من ثلثيه وهو المطبوخ أدنى طبخة ويسمى الباذق والمنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ. فكل ذلك حرام عندنا إذا غلى واشتدّ وقذف بالزبد، أو إذا اشتد على الاختلاف. وقال الأوزاعي: إنه مباح. وهو قول بعض المعتزلة لأنه مشروب طيب وليس بخمر. ولنا أنه رقيق ملذ مطرب ولهذا

يذهب أقل من ثلثيه وهو المطبوخ أدنى طبخة ويسمى الباذق) قال في القاموس: الباذق بكسر الذال وفتحها: ما طبخ من عصير العنب أدنى طبخة فصار شديداً. وقال في المغرب: الباذق من عصير العنب: ما طبخ أدنى طبخة فصار شديداً. وقال في الفائق: هو تعريب باذه وهو الخمر. ونقل صاحب النهاية ما في المغرب وما في الفائق ولم يتكلم على شيء منهما بشيء. أقول: فيما ذكر في الفائق نظر، لأن الخمر على ما مر هي النيء من ماء العنب إذا صار مسكراً، والمطبوخ ليس بنيء قطعاً، والباذق اسم لما طبخ من عصير العنب أدنى طبخة فليس بخمر لا محالة، ولهذا قال المصنف: وأما العصير إذا طبخ في مقابلة قوله وأما الخمر فكيف يتصوّر أن يكون الباذق تعريب باذه بمعنى الخمر، اللهم إلا أن يكون ما ذكر في الفائق مبنياً على ما قاله بعض الناس من أن الخمر اسم لكل مسكر لا على ما هو المحقق عندنا من كونها اسماً خاصاً للنيء من ماء العنب إذا أسكر قوله: **(والمنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ)** قال في غاية البيان: قوله والمنصف يجوز أن يكون بالنصب وهو الأوجه عطفا على قوله الباذق: أي يسمى العصير الذاهب أقل من ثلثيه الباذق ويسمى المنصف أيضا، والدليل على هذا أن أبا الليث فسر في شرح الجامع الصغير الذاهب أقل من ثلثيه بالمنصف، وأيضا أنه قد حصر الأشربه المحرمة، على أربعة وهي الخمر والعصير أقل من ثلثيه ونقيع التمر ونقيع الزبيب، فلو كان المنصف غير الباذق الذي هو المطبوخ الذاهب أقل من ثلثيه لكانت الأشربة المحرمة خمسة، ويجوز أن يكون المنصف بالرفع لأنه نوع من الذاهب أقل من الثلثين لأنه أعم من أن يكون منصفاً أو غيره، ولهذا جعل شيخ الإسلام خواهر زاده الباذق قسماً والمنصف قسماً انتهى. وقال صاحب العناية بعد نقل مضمون ما في غاية البيان: والأول أوجه معنى وهذا أوجه لفظاً، لأنه لو كان منصوباً لقال أيضاً انتهى، أقول: لعل الأول لا وجه له أصلاً فضلاً عن أن يكون أوجه فإنه يصير معنى كلام المصنف على ذلك التقدير العصير الذي طبخ أدنى طبخة يسمى باسمين، أحدهما الباذق والآخر المنصف، وهذا يقتضي أن يكون الباذق والمنصف متحدين في المعنى وهو العصير المطبوخ أدنى طبخة، مع أن تحرير المصنف ينافي ذلك. أما أوّلاً فلأنه فسر المنصف بقوله وهو ما ذهب نصفه بالطبخ، ولا يخفى أن هذا أخص من العصير المطبوخ أدنى طبخة لتناول ذلك ما ذهب أقل من نصفه بالطبخ فكيف يتصوّر الاتحاد في المعنى. وأما ثانياً فلأنه قال: فكل ذلك حرام عندنا إذا غلى واشتد الخ. ولا يخفى أن لفظ كل يقتضي التعدد بحسب المعنى لا بحسب الاسم فقط. فالحق أن قول

المراد بالآية الامتنان كما قال الخصم. وقيل أراد به التوبيخ، ومعناه: أنتم لسفاهتكم تتخذون منه سكراً حراماً وتدعون رزقاً حسناً. وقوله: **(وقد بينا المعنى من قبل)** يريد به قوله ولنا أنه رقيق ملذّ مطرب إلخ. وقوله: **(غير أن عنده)** يعني عند أبي حنيفة رحمه الله **(يجب قيمتها لا مثلها)** كما إذا أتلف المسلم خمر الذمي على ما عرف أن المسلم ممنوع عن التصرف في الحرام، وأورد رواية الجامع الصغير وهي قوله ما سوى ذلك من الأشربة: أي ما سوى المذكور وهو الخمر والسكر ونقيع الزبيب والطلاء وهو الباذق والمنصف لبيان أن العموم المذكور في الجامع الصغير لا يوجد في غيره. وقوله: **(وقال فيه)** يعني

قوله: **(لكانت الأشربة المحرمة خمسة)** أقول: كيف تكون خمسة وكل منهما من أقسام المسمى بالطلاء قوله: **(لأنه أعم من أن يكون منصفاً أو غيره)** أقول: فيندفع لزوم كونها خمسة قوله: **(لأنه لو كان منصوباً لقال أيضاً)** أقول: فيه بحث، فإن المسمى بالباذق غير المسمى بالمنصف فكيف يكون المقام مقام قوله أيضاً قوله: **(إنما فسر التمر بالرطب الخ)** أقول: رد على الإتقاني، وفيه نظر قوله: **(لا**

يجتمع عليه الفساق فيحرم شربه دفعا للفساد المتعلق به. وأما نقيع التمر وهو السكر وهو النيء من ماء التمر: أي الرطب. فهو حرام مكروه. وقال شريك بن عبد الله: إنه مباح لقوله تعالى ﴿تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا﴾ امتن علينا به، وهو بالمحرم لا يتحقق. ولنا إجماع الصحابة رضي الله عنهم[١]، ويدل عليه ما رويناه من قبل، والآية محمولة على الابتداء إذا كانت الأشربة مباحة كلها، وقيل أراد به التوبيخ، معناه والله أعلم: تتخذون منه سكراً وتدعون رزقاً حسنا. وأما نقيع الزبيب وهو النيء من ماء الزبيب فهو حرام إذا اشتد وغلى ويتأتى فيه خلاف الأوزاعي، وقد بينا المعنى من قبل، إلى أن حرمة هذه الأشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر

المصنف والمنصف مرفوع لا غير فهو معطوف على المطبوخ في قوله وهو المطبوخ أدنى طبخة، والمعنى: أن العصير المطبوخ الذاهب أقل من ثلثيه على قسمين: أحدهما المطبوخ أدنى طبخة المسمى بالباذق، والآخر المنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ، وكل واحد منهما حرام عندنا إذا غلى واشتد وقذف بالزبد. أو أذا اشتدّ على الاختلاف، وأما حديث أن المنصف لو كان غير الباذق لكانت الأشربة المحرّمة خمسة وقد حصروها في الأربعة فعلى طرف الثمام لأن الأربعة التي حصروا الأشربة المحرمة فيها إنما هي أصول الأشربة المحرّمة وأقسامها الأولية، والباذق والمنصف ليسا كذلك، بل إنما هما قسمان من أحد تلك الأصول، والأقسام الأولية وهو الطلاء العام للباذق والمنصف، ثم إن بعض الفضلاء أورد على قول صاحب العناية وهذا أوجه لفظاً لأنه لو كان منصوباً لقال أيضا حيث قال فيه بحث، فإن المسمى بالباذق غير المسمى بالمنصف فكيف يكون المقام مقام قوله أيضا انتهى. أقول: هذا ساقط جداً لأن كون المسمى بالباذق غير المسمى بالمنصف إنما يتصور على تقدير أن يكون قوله والمنصف مرفوعاً، وأما على تقدير أن يكون منصوبا كما هو محل كلام صاحب العناية فلا مجال لأن يكون المسمى بأحدهما غير المسمى بالآخر، بل مقتضى معنى التركيب على ذلك التقدير إنما هو تعدّد الاسم دون المسمى كما لا يخفى على من له دراية بقواعد العربية، ثم أقول: يمكن أن يناقش في قول صاحب العناية لأنه لو كان منصوباً لقال أيضا بوجه آخر وهو أن الواو والعاطفة في قوله والمنصف على تقدير أن يكون منصوباً معطوفاً على الباذق تغني غناء كلمة أيضاً فلا نسلم أنه لو كان منصوباً لقال أيضا قوله: (وأما نقيع التمر وهو السكر وهو النيء من ماء التمر: أي الرطب) قال صاحب الغاية: وتفسير صاحب الهداية التمر بالرطب فيه نظر لأن التمر إذا نقع في الماء يسمى نقيعاً فلا حاجة إلى أن ينقع الرطب لا محالة حتى يسمى نقيعاً، وقياس كلامه هنا أن يقول في نقيع الزبيب: أي نقيع العنب وليس بقوي انتهى. وقال جمهور الشراح دفعاً لذلك النظر:

في الجامع الصغير. قال: (ولا بأس بالخليطين) الخليطان ماء التمر والزبيب إذا خلطا فطبخا بعد ذلك أدنى طبخة ويترك إلى أن يغلي ويشتّد. والعجوة: التمر الذي يغيب فيه الضرس لجودته. وقوله: (محمول على الشدة وكان ذلك في الابتداء) يعني أن النهي عن الجمع بين التمر والزبيب كان في الابتداء في وقت كان بين المسلمين ضيق وشدة في أمر الطعام لئلا يجمع بين الطعامين ويترك جاره جائعاً بل يأكل أحدهما ويؤثر بالآخر على جاره، ثم لما وسع الله على عباده النعم أباح الجمع بين النعمتين. وقوله: (قيل لا يحدّ) هو قول الفقيه أبي جعفر رحمه الله. وقوله: (وقد ذكرنا الوجه من قبل) إشارة إلى قوله لأن قليله لا يدعو إلى كثيره. قيل ويجوز أن يكون إشارة إلى المعنى المستفاد من قوله ﷺ «الخمر من هاتين الشجرتين» يعني أن

(السكر وهو حلال الخ) أقول: في المغرب: السكر بفتحتين: عصير الرطب إذا اشتد، وفي الطلبة: السكر بفتح السين والكاف، هو النيء من ماء التمر. وقال في ديوان الأدب: هو خمر التمر انتهى. فالتمر بمعنى الرطب فيه أيضاً قال المصنف: (ويجوز بيعها ويضمن متلفها الخ) أقول: المراد بالجواز ما يترتب عليه الثمرات المطلوبة لا ما يقابل الحرمة قال المصنف: (وما شهدت له دلالة قطعية) أقول: فيه

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية ٢٩٩/٤: يعني إجماعهم على تحريم السكر، وهو النيء من ماء التمر. وكذا قال معمر: السكر يكون من التمر.

مستحل الخمر، لأن حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية، ولا يجب الحدّ بشربها حتى يسكر، ويجب بشرب قطرة من الخمر، ونجاستها خفيفة في رواية وغليظة في أخرى، ونجاسة الخمر غليظة رواية واحدة، ويجوز بيعها، ويضمن متلفها عند أبي حنيفة خلافاً لهما فيهما لأنه مال متقوّم، وما شهدت دلالة قطعية بسقوط تقوّمها، بخلاف الخمر، غير أن عنده يجب قيمتها لا مثلها على ما عرف، ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لأنها محرمة. وعن أبي يوسف أنه يجوز بيعها إذا كان الذاهب بالطبخ أكثر من النصف دون الثلثين وقال: **(في الجامع الصغير: وما سوى ذلك من الأشربة فلا بأس به)** قالوا: هذا الجواب على هذا العموم والبيان لا يوجد في غيره، وهو نص على أن ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال عند أبي حنيفة، ولا يحدّ شاربه عنده وإن سكر منه، ولا يقع طلاق السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك. وعن محمد أنه حرام ويحدّ شاربه ويقطع طلاقه إذا

وإنما فسر التمر بالرطب لأن المتخذ من التمر اسمه نبيذ التمر لا السكر، وهو حلال على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله على ما سيجيء انتهى. أقول: فيما قاله جمهور الشراح أيضاً نظر، لأن الذي كان اسمه نبيذ التمر كان حلالاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله إنما هو ما اتخذ من التمر وطبخ أدنى طبخة كما صرح به في عامة المعتبرات، وسيجيء في الكتاب في قوله وقال في المختصر ونبيذ التمر والزبيب إذا طبخ كل واحد منهما أدنى طبخه حلال وإن اشتدّ إذا شرب منه يغلب على ظنه أنه لا يسكره من غير لهو وطرب، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد والشافعي حرام انتهى، والذي ذكر ها هنا إنما وهو نقيع التمر إذا لم يطبخ كما أفصح عنه بقوله وهو النيء من ماء التمر هو المسمى بالسكر لا غير، ولا شك أنه ليس بحلال عند أئمتنا أصلا، فلا حاجة إلى تفسير التمر بالرطب قوله: **(فهو حرام مكروه)** قال عامة الشراح: أردف الحرام بالكراهة إشارة إلى أن حرمته ليست كحرمة الخمر لأن مستحل الخمر يكفر ومستحل غيرها لا يكفر ا هـ أقول: فيه بحث، أما أوّلاً فلأنه لو كان مقصود المصنف بإرداف الحرام بالمكروه الإشارة إلى ما ذكروه لأردفه بذلك في كل واحد من الأقسام الثلاثة المذكورة بعد الخمر، إذ ليست حرمة شيء منها كحرمة الخمر، ولو أكتفى بإردافه بذلك في واحد من تلك الأقسام لكان القسم المذكور عقيب الخمر أحق بذلك كما لا يخفى. وأما ثانياً فلأن المصنف سيصرح بأن حرمة هذه الأشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر فلا حاجة إلى الإشارة إلى ذلك ها هنا قوله: **(وقيل أراد به التوبيخ: معناه والله أعلم: تتخذون منه سكراً وتدعون رزقاً حسناً)** قال الشراح: أي أنتم لسفاهتكم تتخذون منه سكراً حراماً وتتركون رزقاً حسناً، أقول: فيه إشكال لأنهم صرحوا عند شرح قول المصنف والآية محمولة على الابتداء بأن الآية مكية وتحريم الخمر وقع بالمدينة فكيف يتصوّر أن يكون معنى الآية قبل تحريم الخمر تتخذون منه سكراً حراماً والخمر وتتذ مما لم يوصف بالحرمة فأين السكر الحرام فليتأمل قوله: **(إلا أن حرمة هذه الأشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر، لأن حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية)** أقول: لقائل أن

هذه الأنبذة ليست بمتخذة مما هو أصل الخمر. وقيل هو إشارة إلى قوله بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك. وباقي كلامه واضح. وقوله: **(وعن محمد رحمه الله مثل قولهما)** أي مثل قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله مذكور في

بحث، لأن الحرمة تثبت بالشبهة قال المصنف: **(غير أن عنده يجب قيمتها لا مثلها)** أقول: لا يقال: ينبغي أن يجب المثل بدليل جواز البيع. لأنا نقول: البيع يجوز مع الكراهة، فلو أوجبنا المثل كلان مأموراً بإتيان فعل مكروه وهو تسليم الحرام، وهذا لا يجوز، ومع ذلك لو أدى المثل يخرج عن العهدة أيضاً تأمل. قال العلامة الكاكي: إن المسلم ممنوع عن التصرف في الحرام فلا يكون مأموراً بإعطاء المثل، حتى لو أعطى يخرج عن العهدة، إلا أنه مكروه انتهى، وفيه بحث، إلا أن يؤول يجب بمعنى ينبغي قوله: **(إن المسلم ممنوع عن التصرف في الحرام)** أقول: فينبغي أن لا يجوز بيعها، لكن المراد بالجواز في قوله ويجوز بيعها ليس ما يقابل الحرمة، بل ترتب الثمرات المطلوبة كما في البيع المكروه قوله: **(لبيان أن العموم المذكور الخ)** أقول: تعليل لقوله وأورد رواية الجامع الصغير الخ.

سكر منه كما في سائر الأشربة المحرمة. قال: (**فيه أيضاً: وكان أبو يوسف يقول: ما كان من الأشربة يبقى بعد ما يبلغ عشرة أيام ولا يفسد فإني أكرهه، ثم رجع إلى قول أبي حنيفة**) وقوله الأول مثل قول محمد إن كل مسكر حرام، إلا أنه تفرد بهذا الشرط، ومعنى قوله: يبلغ: يغلي ويشتد، ومعنى قوله ولا يفسد: لا يحمض ووجهة أن بقاءه هذه المدة من غير أن يحمض دلالة قوته وشدته فكان آية حرمته، ومثل ذلك يروى عن ابن عباس رضي الله عنهما[1]. وأبو حنيفة يعتبر حقيقة الشدة على الحدّ الذي ذكرناه فيما يحرم أصل شربه وفيما يحرم السكر منه على ما نذكره إن شاء الله تعالى. وأبو يوسف رجع إلى قول أبي حنيفة فلم يحرم كل مسكر. ورجع عن هذا الشرط أيضاً وقال: في المختصر: ونبيذ التمر والزبيب إذا طبخ كل واحد منهما أدنى طبخة حلال وإن اشتد إذا شرب منه ما يغلب على ظنه أنه لا يسكره من غير لهو ولا طرب، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وعند محمد والشافعي حرام، والكلام فيه كالكلام في المثلث العنبي. ونذكره إن شاء الله تعالى. قال: (**ولا بأس بالخليطين**) لما روي عن ابن زياد أنه قال: سقاني ابن عمر رضي الله عنه شربة ما كدت أهتدي إلى منزلي فغدوت إليه من الغد فأخبرته بذلك فقال: ما زدناك على عجوة وزبيب[2] وهذا نوع من الخليطين وكان مطبوخاً لأن المروي عنه حرمة نقيع الزبيب وهو النيء منه، وما روي «أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن الجمع بين التمر والزبيب، والزبيب والرطب، والرطب والبسر»[3] محمول على حالة الشدة، وكان ذلك في الابتداء. قال: (**ونبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير حلال وإن لم يطبخ**) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله إذا كان من غير لهو وطرب لقوله عليه الصلاة والسلام «الخمر من هاتين الشجرتين، وأشار إلى الكرمة والنخلة»[4] خص التحريم بهما، والمراد بيان

يقول: من هذه الأشربة نقيع التمر وهو السكر، وقد قال في إثبات حرمته: ولنا إجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم، وقد تقرر في علم الأصول أن إجماع الأمة سيما إجماع الصحابة دليل قطعي يكفر جاحده، فكيف يتم القول ها هنا بأن حرمة هذه الأشربة لا يكفر مستحلها لكون حرمتها اجتهادية لا قطعية؟ ويمكن أن يجاب عنه بأن نقل الإجماع قد لا يكون بالتواتر، فلا يفيد مثل ذلك الإجماع القطع لعدم القطع في طريق نقله إلينا كما تقرر هذا أيضا في علم الأصول، فيجوز أن يكون الإجماع المنقول في حق حرمة السكر من ذلك القبيل ويكون هذا باعثا على وقوع الاجتهاد في خلافه قوله: (**لأنه مال متقوّم وما شهدت دلالة قطعية بسقوط تقوّمها بخلاف الخمر**) أقول: فيه نظر. أما أوّلاً فلأنهم صرحوا بأن معنى تقوّم المال إباحة الانتفاع به شرعاً، وسيجيء التصريح عن قريب بأن هذه

النوادر ولنا: أي لعلمائنا الثلاثة على القول الموافق لمحمد، وفي بعض النسخ ولهما: أي لأبي حنيفة وأبي يوسف. وقوله:

---

(١) أي مثل قول أبي يوسف. قال الزيلعي في نصب الراية ٤/٢٩٩: أخرج ابن أبي شيبة بسنده عن ابن عباس قال: «النبيذ الذي إذا بلغ فسد، وأما ما زاد على طول الزمان جودة، فلا خير فيه».
قال الزيلعي: وليس عن ابن عباس توقيت ذلك بعشرة أيام.

(٢) أثر ابن عمر. ذكره الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٣٠٠
وقال: رواه محمد بن الحسن في كتاب الآثار عن أبي حنيفة عن سليمان الشيباني عن ابن زياد.
سكت عليه الزيلعي
وقال ابن حجر في الدراية ٢/٢٤٩: ابن زياد لا أعرفه ولم أر من سماه اهـ فهذا الأثر واهٍ.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ٥٦٠١ ومسلم ١٩٨٦ من طرق وأبو داود ٣٧٠٣ والترمذي ١٨٧٦ والنسائي ٨/ ٢٩٠. ٢٩١ وأحمد ٣/ ٢٩٤. ٣٠٠. ٣٠٢. ٣١٧. ٣٦٣. ٣٧٩ وعبد الرزاق ١٦٩٦٦ والطيالسي ١٧٠٥ وابن ماجه ٣٣٩٥ وأحمد في الأشربة ١٤٧ وابن حبان ٥٣٧٩ وأبو يعلى ١٧٦٨ و ١٨٨٢ من طرق كلهم عن جابر عن النبي ﷺ أنه: «نهى أن ينبذ الزبيب، والتمر جميعاً، وأن ينبذ البُسْر، والرُّطب جميعاً»
وفي الباب من حديث أبي هريرة. عند مسلم ١٩٨٩ والنسائي ٨/٢٩٣ وابن ماجه ٣٣٩٦ وابن حبان ٥٣٨١.

(٤) متفق عليه وتقدم قبل أحاديث، وهو الحديث الثاني من هذا الكتاب. أي كتاب الأشربة.

الحكم، ثم قيل يشترط الطبخ فيه لإباحته، وقيل لا يشترط وهو المذكور. في الكتاب لأن قليله لا يدعو إلى كثيره كيفما كان. وهل يحدّ في المتخذ من الحبوب إذا سكر منه؟ قيل لا يحدّ، وقد ذكرنا الوجه من قبل. قالوا: والأصح أنه يحدّ. فإنه روي عن محمد فيمن سكر من الأشربة أنه يحدّ من غير تفصيل، وهذا لأن الفساق يجتمعون

الأشربة مما لا ينتفع بها بوجه من الوجوه فكيف يتصوّر التقوم فيها، وأما ثانياً فلأن الدلالة القطعية إنما تعتبر في حق وجوب الاعتقاد دون وجوب العمل؛ ألا ترى أن خبر الواحد من السنة يوجب العلم ولا يوجب علم اليقين بل يوجب غلبة الظن على المذهب الصحيح المختار عند الجمهور كما تقرّر في علم الأصول، وما نحن فيه من العمليات، فينبغي أن يكتفي فيه بمجرد غلبة الظن، كيف لا وقد اكتفى به في الحكم بحرمة هذه الأشربة إذ هي أيضا اجتهادية لا قطعية كما صرح به آنفا قوله: **(ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لأنها محرمة)** أقول: في التعليل بحث، إذ لا يلزم من حرمة تناول الشيء عدم الانتفاع به؛ ألا يرى أن السرقين نجس العين محرّم التناول قطعاً مع أنه مما ينتفع به حيث يلقى في الأراضي لاستكثار الريع ولهذا يجوز بيعه كما مر في فصل البيع من كتاب الكراهية وكذا الدهن النجس على ما صرحوا به، وقد مرّ هنا غير مرّة نظير هذا الكلام في هذا الكتاب فتدبر قوله: **(وعن أبي يوسف أنه يجوز بيعها إذا كان الذاهب بالطبخ أكثر من النصف دون الثلثين)** أقول: لا يذهب عليك أن حق هذه الرواية أن تذكر قبل قوله ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لأنها من شعب جواز بيع هذه الأشربة، وقوله ولا ينتفع بها إلى آخره مسألة مستقلة دخلت في البين كما ترى قوله: **(ولا بأس بالخليطين لما روي عن ابن زياد أنه قال: سقاني ابن عمر شربة ما كدت أهتدي إلى أهلي، فغدوت إليه من الغد وأخبرته بذلك فقال: ما زدناك على عجوة وزبيب)** وابن عمر كان معروفاً بالزهد والفقه بين الصحابة، فلا يظن به أنه كان يسقي غيره ما لا يشربه أو يشرب ما كان حراماً[1]. كذا في الكافي والشروح. أقول: ها هنا كلام من وجهين: أحدهما أن تقليد الصحابي فيما لم يعلم اتفاق سائر الصحابة عليه ولا خلافهم فيه، ولم تكن الحادثة مما لا يدرك بالقياس لا يجب على القول المختار كما عرف في علم الأصول: والظاهر أن ما نحن فيه من ذلك القبيل فكيف يصلح أن يكون فعل ابن عمر أو قوله في الرواية المزبورة دليلاً على حل الخليطين، وثانيهما أن قول ابن زياد ما كدت أهتدي إلى أهلي يشعر بإسكار الشربة التي سقاه ابن عمر إياها. والسكر من كل شراب حرام بالاتفاق فكيف يستدل بذلك على الحل، ويمكن أن يجاب عن الثاني بوجهين، أحدهما ما أشار إليه تاج الشريعة بقوله وإنما قال ما كدت أهتدي إلى أهلي على سبيل المبالغة في بيان التأثير فيه لا حقيقة السكر فإنذ ذلك لا يحل انتهى. وثانيهما أن وجه الاستدلال مجرد أن يسقي ابن عمر ابن زياد تلك الشربة، فإنهما لو كانت حراماً لما أقدم ابن عمر مع كمال زهده وفقهه على أن يسقيه أياها. وأما تأثيرها في الشارب بعد أن شربها بحيث يصل إلى مرتبة الإسكار فليس له حد مقدر، إذ هو مختلف باختلاف الطباع والأوقات، وللشارب أن يحترز عنه مهما أمكن، فإن وصل إلى تلك المرتبة في الرواية المذكور فإنما هو في الغفلة، والعهدة في ذلك على الشارب لا الساقي تأمل تفهم قوله: **(وقيل لا يشترط وهو المذكور في الكتاب لأن قليله لا يدعو إلى كثيره كيفما كان)** أقول: هذا التعليل منظور فيه، لأن مجرد أن لا يدعو قليله إلى كثيره لا يقتضي أن لا يشترط الطبخ فيه لإباحته، ألا ترى أن نبيذ التمر والزبيب مما تشترط الطبخ فيه لإباحته بلا اختلاف، مع أن قليل ذلك أيضاً لا يدعو إلى كثيره كيفما كان، فإن دعاء القليل إلى الكثير من خواص الخمر كما صرّح به فيما مر، والأظهر في التعليل ها

(ولأن المفسد) للعقل **(هو القدح المسكر وهو حرام عندنا)** لا ما قبله. فإن قيل القدح الأخير ليس بمسكر على انفراده بل بما

---

(١) لكن هذا الأثر لم يصح وقد قال ابن حجر قبل قليل: ابن زياد هذا لم أرَ من سماه ولا أعرفه اهـ.
قلت: ولم يتعقبه العلامة قاسم بن قطلوبغا فهذه موافقة.

عليه في زماننا اجتماعهم على سائر الأشربة، بل فوق ذلك، وكذلك المتخذ من الألبان إذا اشتدّ فهو على هذا. وقيل إن المتخذ من لبن الرماك لا يحل عند أبي حنيفة اعتباراً بلحمه إذ هو متولد منه. قالوا: والأصح أنه يحل لأن كراهة لحمه لما في إباحته من قطع مادة الجهاد أو لاحترامه فلا يتعدى إلى لبنه. قال: **(وعصير العنب إذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه حلال وإن اشتد)** وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد ومالك والشافعي: حرام، وهذا الخلاف فيما إذا قصد به التقوّى، أما إذا قصد به التلهي لا يحل بالاتفاق. وعن محمد مثل قولهما، وعنه أنه

هنا ما ذكر في غاية البيان حيث قال فيها: وفي رواية لا يشترط. لأن حال هذه الأشربة دون نقيع التمر والزبيب، فإن نقيع التمر والزبيب اتخذ مما هو أصل للخمر شرعاً، فإن أصل الخمر شرعاً التمر والعنب على ما قال النبي ﷺ «الخمر من هاتين الشجرتين»[١] وقد شرط أدنى طبخة في نقيع الزبيب والتمر فيجب أن لا يشترط أدنى طبخة في هذه الأشربة ليظهر نقصان هذه الأشربة عن نقيع التمر والزبيب انتهى قوله: **(وهل يحدّ في المتخذ من الحبوب إذا سكر منه؟ قيل: لا يحدّ)** أقول: قد مرت هذه المسألة مرة أثناء بيان مسألة الجامع الصغير فيما قبل حيث قال: وهو نص على أن ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال عند أبي حنيفة، ولا يحدّ شاربه عنده وإن سكر فالتعرض لها مرة أخرى يشبه التكرار، فلعل المقصود بالذات ها هنا ذكر قوله قالوا والأصح أنه يحد وما قبله توطئة له. نعم يتجه أن يقال: لو ذكر أيضاً هناك قوله قالوا والأصح أنه يحدّ لاستغني عن الإعادة ها هنا بالكلية قوله: **(وقد ذكرنا الوجه من قبل)** قال صاحب الغاية: هو إشارة إلى قوله لأن قليله لا يدعو إلى كثيره، وقال: ويجوز أن يكون إشارة إلى المعنى المستفاد من قوله ﷺ «الخمر من هاتين الشجرتين»[٢] يعني أن هذه الأشربة ليست بمتخذة مما هو أصل الخمر فلا جرم لا يحدّ السكران منها انتهى. وقال صاحب الكفاية: قوله وقد ذكرنا الوجه من قبل الإشارة إلى ما ذكر أن السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك اهـ. واختار صاحب العناية ما ذكره صاحب الغاية أولاً. ونقل ما ذكره ثانياً بقيل. ثم نقل ما ذكره صاحب الكفاية بقوله وقيل أقول يرد على الوجه الأول أن عدم دعاء القليل إلى الكثير جار فيما سوى الخمر من الأشربة المحرمة، فإن دعاء القليل إلى الكثير من خواص الخمر كما صرح به المصنف فيما مر حيث قال: ولأن قليله يدعو إلى كثيره وهذا من خواص الخمر انتهى مع أنه إذا سكر مما سوى الخمر من الأشربة المحرّمة يحدّ بلا خلاف، فعلم أنه لا تأثير لعدم دعاء القليل إلى الكثير في سقوط الحدّ عن السكران. ويرد على الوجه الثاني أنه لو كان مراد المصنف ما يستفاد من قوله ﷺ «الخمر من هاتين الشجرتين»[٣] لقال لما روينا كما هو عادته المستمرة في الحوالة على ما مرّ من السنة، ثم إن في كون ذلك المعنى مستفاداً من الحديث المذكور خفاء جداً فضلاً عن أن يكون مذكوراً هناك. فأنى يتيسر الإشارة إليه ها هنا بقوله وقد ذكرنا الوجه من قبل، فالأوجه هو الوجه الثالث وإن أخره صاحب العناية في الذكر كما لا يخفى على من تأمل في سياق كلام المصنف. وراجع كلمات السلف كشيخ الإسلام وغيره في هذه المسألة قوله: **(قالوا: والأصح أنه يحدّ، فإنه روي عن محمد فيمن سكر من الأشربة أنه يحدّ من غير تفصيل)** أقول: تحرير المصنف هاهنا لا يخلو عن ركاكة، إذ الظاهر أن مراده بقوله وهل يحد في المتخذ من الحبوب إذا سكر أنه هل يحدّ في ذلك عند أبي حنيفة

تقدم فينبغي أن يحرم ما تقدم أيضاً. أجيب بأن الحكم يضاف إلى العلة معنى وحكماً، وفيه نظر لأن الإضافة إلى العلة اسماً ومعنى وحكماً أولى والمجموع بهذه الصفة. والأولى أن يقال الحرام هو المسكر، وإطلاقه على ما تقدم مجاز وعلى القدح

---

(١) متفق عليه تقدم في أول هذا الباب، وهو الحديث الثاني.
(٢) هو المتقدم.
(٣) هو المتقدم وقد كرره.

كره ذلك، وعنه أنه توقف فيه. لهم في إثبات الحرمة قوله عليه الصلاة والسلام «كل مسكر خمر»[1] وقوله عليه الصلاة والسلام «ما أسكر كثيره فقليله حرام»[2] ويروى عنه عليه الصلاة والسلام «ما أسكر الجرة منه فالجرعة منه حرام»[3] ولأن المسكر يفسد العقل فيكون حراماً قليله وكثيره كالخمر. ولهما قوله عليه الصلاة والسلام «حرمت الخمر لعينها» ويروى «بعينها قليلها وكثيرها، والسكر من كل شراب» خص السكر بالتحرم في غير الخمر إذا العطف

وأبي يوسف، لأن المذكور فيما قبل إنما هو قولهما، والمصنف الآن بصدد التفريع على ذلك وتكميله فيستدعي هذا أن يكون مدار قوله قيل لا يحدّ وقوله قالوا والأصح أنه يحدّ على قولهما، فلا يناسب في تعليل قوله والأصح أنه يحدّ أن يقال: فإنه روي عن محمد فيمن سكر من الأشربة أنه يحدّ من غير تفصيل، فإن محمداً يخالفهما في أصل هذه المسألة حيث لا يقول بحل المتخذ من الحبوب إذا اشتدّ وغلى. فيجوز أن يقول بوجوب الحد إذا سكر منه، وأما هما فيقولان بحل ذلك كما تقدم آنفاً فلا يكون المروى عن محمد حجة في حقهما، وعن هذا ترك صاحب الكافي هذا التعليل، واكتفى بما ذكره المصنف بعده بقوله وهذا لأن الفساق يجتمعون عليه الخ حيث قال: وذكر في الهداية ومبسوط شيخ الإسلام الإسبيجابي الأصح أنه يحدّ لأن الفساق يجتمعون في زماننا على شربه كما يجتمعون على سائر الأشربة انتهى قوله: (وعنه أنه كره ذلك) أقول: فيه ضرب إشكال، وهو أنه قد مرّ في أول كتاب الكراهية أن كل مكروه حرام عند محمد رحمه الله، وقوله هنا وعنه أنه كره ذلك بعد أن صرف فيما قبل بأنه حرام عند محمد ومالك، والشافعي يقتضي المغايرة بين قول محمد بحرمته وبين قوله بكراهته، فينافي ما تقرر في أوائل الكراهية، فإن قلت: نعم إن كل مكروه حرام عند محمد ولكن بحرمة ظنية لا بحرمة قطعية فإنه إذا لم يجد نصاً قاطعاً في حرمة شيء لم يطلق عليه لفظ الحرام بل يطلق عليه لفظ المكروه كما تقرر أيضا هناك، فيجوز أن يكون مدار رواية الحرمة ورواية الكراهة عنه فيما نحن فيه على قطعية الحرمة في إحداهما وظنيتها في الأخرى فلا تنافي بين المقامين. قلت: لا مجال للقول بقطعية حرمة المثلث العنبي عند كون اجتهاد أبي حنيفة وأبي يوسف في حله، لأن قطعية حرمة الشيء تستلزم أن يكفر مستحلها، وهذا لا يتصور فيما وقع فيه اجتهاد ما فضلاً عما وقع اجتهاد مثل أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى. وعن هذا قالوا فيما سوى الخمر من الأشربة الثلاثة المحرّمة عند أئمتنا أجمع وعند عامة العلماء أن حرمة هذه الأشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها، ويكفر مستحل الخمر لأن حرمتها

الأخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مراداً وقوله: (وإنما يحرم القليل منه) أي من الخمر جواب سؤال يمكن تقريره على

قوله: (وقيل هو إشارة إلى قوله بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك) أقول: وعند الثالث أقرب والأول أبعد، أما لفظاً فلمكان قوله من قبل: وأما معنى فإن عليه وجوب الحد على السكران ليس دعاء القليل إلى الكثير.

---

(١) أخرجه مسلم وغيره تقدم في أول كتاب الأشربة وفي الحدود.

(٢) جيد. أخرجه أبو داود ٣٦٨١ والترمذي ١٨٦٥ وابن ماجه ٣٣٩٣ وابن الجارود ٨٦٠ وابن حبان ٥٣٨٢ والطحاوي ٤/ ٢١٧ والبيهقي ٨/ ٢٩٦ وأحمد ٣/ ٣٤٣ وفي الأشربة ١٤٨ كلهم من حديث جابر.
وإسناده جيد ورجاله ثقات. وتقدم في الحدود.

(٣) لا أصل له بهذا اللفظ. قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٣٠٥: هذه رواية غريبة.
وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ٢٥٠: لم أجده بهذا اللفظ. ثم قالا: وبمعناه حديث عائشة: «ما أسكر الفرق فَمِلءُ الكف منه حرام».
قلت: وما ذكراه من حديث عائشة. أخرجه أبو داود ٣٦٨٧ والترمذي ١٨٦٦ وابن الجارود ٨٦١ والطحاوي ٤/ ٢١٦ وابن حبان ٥٣٨٣ والدارقطني ٤/ ٢٥٥ والبيهقي ٨/ ٢٩٦ وأحمد ٦/ ٧٢ ـ ١٣١ وفي الأشربة برقم (٧) و (٩٧) من عدة طرق كلهم عن القاسم بن محمد عن عائشة مرفوعاً: «كل مسكر حرام، وما أسكر. . .» الحديث.
وللدارقطني ٤/ ٢٥٥ ـ ٢٥٦ بلفظ: «فالحسوة من حرام» ورواية: «فالجرعة»
وهو حديث قوي الإسناد رواه غير واحد عن القاسم، وهو ثقة من رجال البخاري ومسلم.

للمغايرة، ولأن المفسد هو القدح المسكر وهو حرام عندنا. وإنما يحرم القليل منه لأنه يدعو لرقته ولطافته إلى الكثير فأعطى حكمه. والمثلث لغلظه لا يدعو وهو في نفسه غذاء فبقي على الإباحة: والحديث الأول غير ثابت

اجتهادية وحرمة الخمر قطعية كما مر من قبل في الكتاب، مع أن اجتهاد الإباحة فيها إنما وقع من نحو الأوزاعي وشريك وسائر أصحاب الظواهر، فتحقق أن الحرمة المروية عن محمد في حق المثلث العنبي إنما هي الحرمة الاجتهادية التي مدارها الظن لا الحرمة القطعية، فكيف يتصوّر المغايرة بينها وبين الكراهة على أصل محمد. ويمكن أن يقال: معنى قولهم إن كل مكروه حرام عند محمد أن كل مكروه كراهة التحريم حرام عند محمد، لكن لا بدليل قطعي بل بدليل ظني، خلافاً لأبي حنيفة وأبي يوسف فإن المكروه كراهة التحريم ليس بحرام أصلاً عندهما بل إلى الحرام أقرب. وأما المكروه كراهة التنزية فليس بحرام ولا إلى الحرام أقرب عند أحد، وهذا كله يظهر بمراجعة كتب الأصول، فيجوز أن يكون المراد بالكراهة في قول المصنف ها هنا وعنه أنه كره ذلك هو الكراهة النزيهية وهي مغايرة للحرمة على قول الكل فيندفع التنافي بين المقامين تأمل قوله: **(ولهما قوله ﷺ «حرمت الخمر لعينها ويروى بعينها قليلها وكثيرها، والسكر من كل شراب)**[1] قال في النهاية: ولهما قوله تعالى ﴿إنما الخمر والميسر﴾ الآية. بين الله تعالى الحكمة في تحريم الخمر في هذه الآية وهي الصدّ عن ذكر الله تعالى وإيراث العداوة والبغضاء، وهذه المعاني لا تحصل بشرب القليل، ولو خلينا وظاهر الآية لقلنا لا يحرم القليل من الخمر أيضا، ولكن تركنا قضية ظاهر الآية في قليل الخمر بالإجماع، ولا إجماع فيما عداه فبقي على ظاهر الآية انتهى، أقول: ينتقض هذا الاستدلال بما عدا الخمر من الأشربة المحرّمة الثلاثة، فإن قليلها أيضاً حرام عند أئمتنا قاطبة وعند مالك والشافعي وأكثر العلماء، مع أن المعاني المذكورة في الآية المزبورة لا تحصل بشرب قليلها كما لا يخفى قوله: **(خص السكر بالتحريم في غير الخمر إذ العطف للمغايرة)** أقول: الظاهر أن مراده بقوله خص السكر بالتحريم في غير الخمر قصر التحريم على الكسر في غير الخمر على أن تكون الباء داخلة على المقصور كما في قولهم خصصت فلاناً بالذكر على ما تقرّر في موضعه، إذ هو المفيد لمدعاهما ها هنا دون العكس كما لا يخفى على ذي مسكة، لكن فيه بحث، وهو أن الاستدلال على مدعاهما في هذا الوجه كما يقتضي حل المثلث يقتضي أيضا حل الأشربة المحرّمة الثلاثة غير الخمر، وهذا ظاهر لزوماً وبطلاناً، على أن استفادة قصر التحريم على السكر في غير الخمر من منطوق لفظ الحديث المذكور مشكل، واستفادته من مفهوم المخالفة خلاف المذهب فليتأمل قوله: **(ولأن المفسد هو القدح المسكر وهو حرام عندنا)** فإن قيل: القدح الأخير إنما يصير مسكراً بما تقدمه لا بانفراده فينبغي أن يحرم ما تقدم أيضاً. قلنا لما وجد السكر بشرب القدح الأخير أضيف الحكم إليه لكونه علة معنى وحكماً، كذا ذكره جمهور الشراح. واعترض صاحب العناية على الجواب المذكور حيث قال: فيه نظر، لأن الإضافة إلى العلة اسماً ومعنى

هذا الوجه. وهو أن يقال: لما كان المفسد هو الأخير دون ما تقدم وجب أن يكون في الخمر كذلك. ويجوز أن يكون جواباً

قوله: **(والأولى أن يقال: الحرام هو المسكر، وإطلاقه على ما تقدم مجاز)** أقول: إطلاقه على ما تقدم على القدح الأخير مجاز بلا شبهة، وأما إطلاقه على المجموع من القدح الأخير وما تقدمه فليس بمجاز والكلام فيه قوله: **(وعلى القدح الأخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مراداً)** أقول: ويقرب مما ذكره الشارح ما قاله الإمام التمرتاشي في شرح الجامع الصغير. لا يقال: القدح الأخير مسكر بما تقدمه، لأن المسكر ما يتصل به السكر، وهو كالمتخم من الطعام، فإن المحرم هو المتخم انتهى. قال التفتازاني في التلويح: ذهب

---

(١) ضعيف جداً. قال الزيلعي في نصب الراية ٤/٣٠٦. ٣٠٧ ما ملخصه: رواه العقيلي في الضعفاء من حديث علي، وقال العقيلي: فيه محمد بن الفرات لا يتابع عليه. وقال البخاري عنه: منكر الحديث. ثم أخرجه العقيلي من وجه آخر عن علي مرفوعاً وقال: فيه عبد الرحمن بن بشر الغطفاني، وهو مجهول، وحديثه غير محفوظ. وإنما يروى عن ابن عباس موقوفاً.
قال الزيلعي: وأخرجه النسائي عن ابن عباس موقوفاً اهـ. ووافقه ابن حجر في الدراية ٢/ ٢٥١ اهـ وانظر العقيلي ١٦٨١.
قلت: والموقوف هو عند النسائي في ٨/ ٣٢١٠ من عدة طرق عنه موقوفاً

على ما بيناه، ثم هو محمول على القدح الأخير إذا هو المسكر حقيقة. والذي يصبّ عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه

وحكماً،أولى المجموع بهذه الصفة اهـ. أقول: إن أراد بقوله والمجموع بهذه الصفة أن كل واحد من أجزاء المجموع بهذه الصفة فليس بصحيح، إذ لا يخفى أن شيئاً مما قبل الجزء الأخير ليس بعلة اسما ولا معنى ولا حكماً، إذ العلة اسماً ما يضاف إليه الحكم، والعلة معنى ما يؤثر في الحكم، والعلة حكماً ما يتصل له الحكم ولا يتراخى عنه كما عرف كله في علم الأصول، ولا شك أن شيئا مما قبل الجزء الأخير ليس بصفة من هذه المعاني. وإن أراد بذلك أن المجموع من حيث هو مجموع بهذه الصفة كما هو الظاهر فهو لا يقدح في مطلوبنا هنا، إذ لا ننكر حرمة مجموعة الأقداح من حيث هو مجموع عند إشتماله على القدح المسكر، وإنما ننكر حرمة ما قبل القدح المسكر بانفراده. نعم بقي الكلام في أن اضافة الحكم إلى المجموع من حيث هو مجموع أولى أم إلى الجزء الأخير وحده؟ والظاهر في بادىء الرأي هو الأول لأن الجزء الأخير وحده علة ومعنى وحكماً لا اسماً على ما هو المشهور في كتب الأصول، والحكم إنما يضاف إلى العلة اسماً، لكن الفاضل التفتازاني قال في التلويح في مباحث العلة من باب الحكم: ذهب المحققون إلى أن الجزء الأول يصير بمنزلة العدم في حق ثبوت الحكم، ويصير الحكم مضافاً إلى الجزء الأخير كالمن الأخير في أثقال السفينة والقدح الأخير في السكر انتهى. وحينئذ يصير الجزء الأخير علة اسماً أيضاً: أي كما أنه علة معنى وحكماً فينتظم أمر إضافة الحكم إليه وحده بلا غبار، ثم قال صاحب العناية: والأولى أن يقال: الحرام هو المسكر وإطلاقه على ما تقدم مجاز وعلى القدح الأخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مراداً انتهى. أقول: ليس ذا بشيء فضلاً عن أن يكون أولى، إذ ليس الكلام ها هنا في إطلاق لفظ المسكر على شيء وعدم إطلاقه عليه حتى يفيد التشبث برجحان الحقيقة على المجاز شيئا بل إنما الكلام هنا في أن المفسد للعقل هو القدح المسكر: أي المزيل للعقل سواء أطلق عليه لفظ المسكر حقيقة أم لا دون غيره من الأقداح المتقدمة فكان الحرام هو القدح المزيل للعقل لا غير. وبالجملة مدار الاستدلال هاهنا على المعنى وهو إزالة العقل دون اللفظ. فلما ورد السؤال بأن القدح الأخير لا يزيل العقل بانفراده بل بما تقدم فكان لما تقدم من الأقداح مدخل أيضاً في إزالة العقل فينبغي أن يحرم أيضاً لم يفد أن يقال إن لفظ المسكر إنما يطلق على ما تقدم مجازاً وعلى القدح الأخير حقيقة شيئاً في دفع ذلك السؤال أصلا. وإنما يتمشى ذلك في الجواب عن استدلال الخصم بقوله ﷺ «كل مسكر خمر»[1] ومحله قول المصنف، ثم هو محمول على القدح الأخير إذ هو المسكر حقيقة. وقصد بعض الفضلاء أن يردّ على صاحب العناية قوله المذكور بوجه آخر فقال: إطلاقه على ما تقدم على القدح الأخير وما تقدمه مجاز بلا شبهة، وأما إطلاقه على المجموع من القدح الأخير حقيقة وهو مراداً بلا يكون المجاز مراد انتهى. أقول: وهذا أيضا ليس بشيء، لأن إطلاقه على ما تقدم على القدح الأخير إذا كان مجازاً بلا شبهة كيف يتصوّر أن يكون إطلاقه على المجموع حقيقة، فإن المجموع مشتمل على ما تقدم على القدح الأخير أيضاً، ولا شك أن إطلاق

عن قولهم ولأن المسكر يفسد العقل فيكون حراماً قليله وكثيره. وهذا واضح. ووجه الجواب عن الأول أن القياس ذلك، ولكن تركناه لأن الخمر لرقّتها ولطافتها تدعو إلى الكثير فأعطي القليل حكم الكثير. والمثلث ليس كذلك لغلظه. وعلى الثاني بطريق الفرق وهو واضح. وقوله: (والحديث الأول) يعني قوله «كل مسكر خمر» ليس بثابت لما بيناه من طعن يحيى بن معين

المحققون إلى أن الجزء الأول يصير بمنزلة العدم في حق ثبوت الحكم، ويصير الحكم مضافاً إلى الجزء الأخير، كالمن الأخير في أثقال السفينة والقدح الأخير في السكر انتهى قال المصنف: (والحديث الأول غير ثابت على ما بيناه) أقول: وكان على المصنف أن يتعرض

---

(١) تقدم في أول الباب أخرجه مسلم وغيره.

بالطبخ حتى يرقّ ثم يطبخ طبخة حكمه حكم المثلث، لأن صب الماء لا يزيده إلا ضعفاً، بخلاف ما إذا صبّ الماء على العصير ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل، لأن الماء يذهب أولاً للطافته، أو يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب. ولو طبخ العنب كما هو ثم يعصر يكتفي بأدنى طبخة في رواية عن أبي حنيفة، وفي رواية عنه لا يحلّ ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ، وهو الأصح لأن العصير قائم فيه من غير تغير فصار كما بعد العصر. ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر أو بين التمر والزبيب لا يحلّ حتى يذهب ثلثاه. لأن التمر إن كان يكتفي فيه بأدنى طبخة فعصير

اللفظ على المجموع المركب مما هو حقيقة فيه ومما هو مجاز فيه لا يكون حقيقة، لأن الحقيقة هي الكلمة المستعملة فيما وضعت له. والمجموع المركب مما وضعت له ومما لم توضع له ليس مما وضعت له قطعاً، ولو سلم أن يكون إطلاقه على المجموع من حيث هو مجموع حقيقة فلا يضرنا، إذ لا يلزم من كون المجموع من حيث هو مجموع مسكراً كون المتقدم على القدح الأخير أيضاً مسكراً حتى يلزم كون ما تقدم على القدح الأخير حراماً أيضا تأمل تقف قوله: **(وإنما يحرم القليل من الخمر لأنه يدعو لرقته ولطافته إلى الكثير فأعطي حكمه)** أقول: فيه كلام، وهو أن هذا التقرير يقتضي كون حرمة الخمر معللة، وقد صرح فيما مر بأن الخمر عينه حرام غير معلول عندنا بشيء، لأن تعليله خلاف السنة المشهور وهي قوله ﷺ «حرمت الخمر لعينها، والسكر من كل شراب»[1] فكان الذي ينبغي ها هنا أن يقال: وإنما يحرم القليل من الخمر لورود النص فيه وهو قوله عليه الصلاة والسلام «حرمت الخمر لعينها» الحديث. اللهم إلا أن يحمل كلام المصنف ها هنا على التنزل وإلزام الخصم بأن يكون هذا الكلام منه جواباً عن قول الخصم، ولأن المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليله وكثيره فتبصر قوله: **(والحديث الأول غير ثابت على ما بيناه)**[2] قال بعض الفضلاء: وكان على المصنف أن يتعرّض الحديثين الأخيرين اللذين رواهما ولم يفعل كأنه اكتفى بمعارضة ما رواه لهما انتهى. أقول: توجيهه ليس بشيء لأن دلالة الحديثين الأخيرين

ولئن سلمنا ثبوته فهو محمول على القدح الأخير. وقوله: **(والذي يصبّ عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق)** لم يذكر اسمه لاختلاف وقع فيه، فإن منهم من سماه يوسفياً ويعقوبياً لأن أبا يوسف رحمه الله كثيراً ما كان يستعمل هذا، ومنهم من سماه بختجاً وحميدياً، قال: لأنه منسوب إلى رجل اسمه حميد. وهل يشترط لإباحته عندهما بعد ما صبّ الماء فيه أدنى طبخة؟ اختلف المشايخ رحمهم الله فيه، واختاره المصنف رحمه الله. وقوله: **(أو يذهب منهما)** يعني تارة يذهب الماء أولاً

للحديثين الأخيرين ولم يفعل كأنه اكتفى بمعارضه ما رواه لهما قوله: **(وقوله فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب: أي على القطع والبتات)** أقول: فيه بحث، فإن الحرمة تثبت بالشبهة قال المصنف: **(ولو طبخ العنب كما هو)** أقول: أي كائن كالذي هو عشب، فالخبر محذوف

---

(١) ضعيف جداً. وإنما هو قول ابن عباس، وتقدم قبل حديث واحد.

(٢) مراد صاحب الهداية بقوله: والحديث الأول غير ثابت. هو حديث «كل مسكر خمر» كما بينه صاحب العناية. والصواب أنه حديث صحيح رواه مسلم، وغيره من طريق أيوب عن نافع عن ابن عمر مرفوعاً. وتابعه عبيد الله على نافع، وتقدم في أول الباب وفي الحدود.

ويعضده حديث: «ما أسكر كثيره فقليله حرام» وهو جيد، وقد تقدم.

ويعضده: «ما أسكر الفرق منه فملء الكف منه حرام» وهذا قوي أيضاً.

وهذه الروايات تمسك بها الشافعي ومالك وغيرهما. ولا يمكن دفع هذه الأحاديث لقوة أسانيدها وتعدد مخارجها، وكونها عن عدة من الصحابة. والله تعالى أعلم.

وقول صاحب الهداية: ثم هو محمول على القدح الأخير... إلخ. فمراده ما أخرج الدارقطني ٤/ ٢٥٠ ـ ٢٥١ عن ابن مسعود مرفوعاً: «كل مسكر حرام» قال ابن مسعود: هي الشربة التي أسكرتك. ورواية: التي تسكرك.

وقول ابن مسعود هذا لم يصح عنه

قال الدارقطني: في إسناده حجاج، وهو ضعيف، وعنه عمار بن مطر، وهو ضعيف، ثم أسند عن ابن المبارك

قوله: هذا حديث باطل.

قال الدارقطني: وإنما هذا من قول إبراهيم النخعي.

العنب لا بد أن يذهب ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطاً، وكذا إذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر لما قلنا. ولو طبخ نقيع التمر والزبيب أدنى طبخة ثم أنقع فيه تمر أو زبيب، إن كان ما أنقع فيه شيئاً يسيراً لا يتخذ النبيذ من مثله لا بأس به، وإن كان يتخذ النبيذ من مثله لم يحل كما إذا صبّ في المطبوخ قدح من النقيع. والمعنى تغليب جهة الحرمة، ولا حدّ في شربه لأن التحريم للاحتياط وهو للحدّ في درئه. ولو طبخ الخمر أو غيره بعد الاشتداد حتى يذهب ثلثاه لم يحلّ لأن الحرمة قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ. قال: **(ولا بأس بالانتباذ في الدباء والحنتم والمزفت والنقير)** لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث فيه طول بعد ذكر هذه الأوعية «فاشربوا في كل ظرف، فإن الظرف لا يحلّ شيئاً ولا يحرّمه. ولا تشربوا المسكر»[1] وقال ذلك بعد ما أخبر عن النهي عنه فكان ناسخاً له، وإنما ينتبذ فيه بعد تطهيره. فإن كان الوعاء عتيقاً يغسل ثلاثاً فيطهر، وإن كان جديداً لا يطهر عند محمد لتشرب الخمر فيه بخلاف العتيق. وعند أبي يوسف يغسل ثلاثاً ويجفف في كل مرّة وهي مسألة ما لا ينعصر بالعصر. وقيل عن أبي يوسف:

اللذين رواهما الخصم على حرمة قليل ما أسكر كثيره إنما هي بطريق العبارة، ودلالة ما رواه المصنف من قبل أبي حنيفة وأبي يوسف على حل قليل ذلك إنما هي بطريق الإشارة أو الاقتضاء، وقد تقرر في علم الأصول أن عبارة النص ترجح على إشارة النص واقتضائه عند التعارض، فإن أراد ذلك القائل بمعارضة ما رواه لهما المعارضة الموجبة للتساقط وهي المعارضة بدون الرجحان في أحد الجانبين فليس بصحيح، وإن أراد بها المعارضة مع الرجحان في جانب الحديثين اللذين رواهما الخصم فليس بمفيد بل مخل كما لا يخفى قوله: **(لأن الماء يذهب أولاً للطافته أو يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب)** قال الشراح: أي على القطع والبتات. وقال بعض الفضلاء: قوله أي على القطع والبتات فيه بحيث، لأن الحرمة تثبت بالشبهة انتهى. أقول: مدار هذا البحث على عدم فهم مراد الشراح، فإن مرادهم بقولهم: أي على القطع والبتات تقييد المنفي في قول المصنف فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب لا تقييد النفي. فالمعنى أن ذهاب ثلثي ماء العنب على القطع والبتات لا يكون، لأن ذهاب ثلثي ماء العنب لا يكون على القطع والبتات، وحاصله أن ذهابهما القطعي لم يثبت لأن عدم ذهابهما قطعي، فلما لم يثبت ذهابهما على القطع والبتات بل احتمل أن يكون الذاهب أقل منهما بأن يذهب الماء أولاً للطافته قلنا بحرمة شرب ذلك العصير احتياطاً بناء على أن الحرمة تثبت بالشبهة فلا محل للبحث المذكور. والفرق بين تعلق القيد بالنفي وبين تعلقه بالمنفي في أمثال هذا المقام أصل كبير قد نبه عليه في مواضع شتى من علم البلاغة فكيف خفي

للطافته، وتارة يذهب العصير والماء معاً، فلو ذهبا معاً يحل شربه كما يحل شرب المثلث، لأنهما لما ذهبا معاً كان الذاهب من العصير أيضاً ثلثين كالماء، لكن لما لم يتيقن بذهابهما معاً واحتمل ذهاب الماء أوّلاً للطافته قلنا بحرمة شربه احتياطاً، لأنه إذا ذهب الماء أولاً كان الذاهب أقل من ثلثي العصير وهو حرام عندنا وهو الباذق. وقوله: **(فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب)** أي على القطع والبتات. وقوله: **(يكتفي بأدنى طبخة في رواية عن أبي حنيفة رحمه الله)** هي رواية الحسن عنه وأنكرها المتقدمون من مشايخنا، فقد روى الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف قال: سمعت أبا حنيفة يقول: إنها لا تحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ، وهذا أصح لما ذكره في الكتاب. قال: **(ولا بأس بالانتباذ في الدباء الخ)** جوّز أكثر أهل العلم الانتباذ في

وينبغي أن تكون الكاف زائدة قال المصنف: **(فصار كما بعد العصر)** أقول: أي فصار حكم العصير بعد طبخ العنب كحكم العصير بعد العصر قبل طبخ العنب. والأوجه أن يقال: فصار الطبخ قبل العصر كالطبخ بعده في أنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه قال المصنف: **(لأن التمر إن كان يكتفى فيه بأدنى طبخه الخ)** أقول: هذا التعليل لا يفي بتمام ما ادعاه لظهور أنه لا يدل على المدعي الثاني، ولعل الصحيح: أو بين العنب والزبيب مكان: بين التمر والزبيب فهي أول الناسخين وتبع الآخر للأولين.

---

(١) صحيح. رواه مسلم وغيره وهو بعض حديث تقدم في الأضحية: «كنت نهيتكم عن لحوم الأضاحي...» الحديث. وهو من حديث بريدة.

يملأ ماء مرة بعد أخرى، حتى إذا خرج الماء صافياً غير متغير يحكم بطهارته. قال: **(وإذا تخللت الخمر حلت سواء صارت خلاً بنفسها أو بشيء يطرح فيها، ولا يكره تخليلها)** وقال الشافعي: يكره التخليل ولا يحل الخل الحاصل به إن كان التخليل بإلقاء شيء فيه قولاً واحداً، وإن كان بغير إلقاء شيء فيه فله في الخل الحاصل به قولان. له أن في التخليل اقتراباً من الخمر على وجه التموّل، والأمر بالاجتناب ينافيه. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «نعم الإدام الخل»[1] من غير فصل، وقوله عليه الصلاة والسلام «خير خلكم خلّ خمركم»[2] ولأن بالتخليل يزول الوصف المفسد وتثبت صفة الصلاح من حيث تسكين الصفراء وكسر الشهوة. والتغذي به والإصلاح مباح. وكذا الصالح للمصالح اعتباراً بالمتخلل بنفسه وبالدباغ والاقتراب لإعدام الفساد فأشبه الإراقة. والتخليل أولى لما فيه من إحراز مال يصير حلالاً في الثاني فيختاره من ابتلى به، وإذا صار الخمر خلا يطهر ما يوازيها من الإناء، فأما أعلاه وهو

على ذلك القائل قوله: **(ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر والزبيب لا يحل حتى يذهب ثلثاه)** قال صاحب غاية البيان: ولنا في قوله أو بين التمر والزبيب نظر، لأن ماء الزبيب كماء التمر يكتفي فيهما بأدنى طبخة، وقد صرح بذلك القدوري قبل هذا وهو قوله ونبيذ التمر والزبيب إذا طبخ كل واحد منهما أدنى طبخة حلال وإن اشتد انتهى. أقول: وقول القدوري بعده: ولا بأس بالخليطين أظهر من ترويج نظر صاحب الغاية من قوله ونبيذ التمر والزبيب إذا طبخ كل واحد منهما أدنى طبخة حلال وإن اشتد، إذ لقائل أن يقول: يجوز أن يكون في الاجتماع ما لا يكون في الانفراد، فلا تستلزم الحل في الثاني الحل في الأول. وقد تشبث صاحب الغاية في ترويج نظره بقول القدوري الأول ولم يتعرض لقوله الثاني، وكأن صاحب الكافي فهم ركاكة فيما ذكره المصنف ها هنا حيث غير عبارته في

الدباء وهو القرع والحنتم وهو جرار حمر أو خضر يحمل فيها الخمر إلى المدينة الواحدة حنتمة، والمزفت وهو الظرف المطلي بالزفت وهو القير. والنقير وهو الخشبة المنقورة لقوله ﷺ «نهيتكم عن ثلاث: عن زيارة القبور فزوروها فقد أذن لمحمد في زيارة قبر أمه ولا تقولوا هجراً، وعن لحم الأضاحي أن تمسكوه فوق ثلاثة أيام فأمسكوا ما بدا لكم وتزوّدوا فإنما نهيتكم ليتسع به موسعكم على معسركم، وعن النبيذ في الدباء والختم والمزفت فاشربوا في كل ظرف، فإن الظرف لا يحل شيئاً ولا يحرمه» ولكن إنما ينبذ فيه إن كان فيه خمر بعد التطهير على ما ذكر في الكتاب. قال شيخ الإسلام رحمه الله في مبسوطه: إنما نهى عن هذه الأوعية على الخصوص، لأن الأنبذة تشتدّ في هذه الظروف أكثر مما تشتد في غيرها: يعني فصاحبها على خطر من الوقوع في شرب المحرم. وقوله: **(وإذا تخللت الخمر)** يعني أن خلّ الخمر حلال عندنا سواء تخللت بنفسها أو خللت. وقال الشافعي رحمه الله: إن كان التخلل بإلقاء شيء فيها كالملح وغيره فهو حرام قولاً واحداً، وإن كان بالنقل من الظل إلى الشمس وعكسه فله قولان. وقال في الفرق: ما ألقي في الخمر يتنجس بملاقاته الخمر، والمتنجس لا يفيد الطهارة لغيره، وليس فيما إذا تخللت بنفسها شيء من ذلك. ودليله على أحد الوجهين ما ذكره في الكتاب. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «نعم الإدام الخل» هو يتناول المخلل والمتخلل لا محالة، ولأن التخليل إصلاح المفسد بإثبات صفة الصلاح من حيث التغذي به وكسر الشهوة وتسكين الصفراء وغير ذلك، وإصلاح المفسد إن لم يكن واجباً فلا أقل من

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ٢٠٥٢ وأبو داود ٣٨٢١ والترمذي ١٨٤٠ والنسائي ٧/ ١٤ وأحمد ٣/ ٤٠٠ والدارمي ٢/ ١٠١ وأبو يعلى ١٩٨١ و ٢٢٠١ و ٢٢١١ وابن ماجه ٣٣١٧ والترمذي في الشمائل ١٥٥ والبيهقي ٧/ ٢٧٩ من طرق كلهم من حديث جابر، وله قصة عند مسلم.
وأخرجه مسلم ٢٠٥١ من حديث عائشة مختصراً بلفظ: «نعم الأدُمُ ـ أو الإدام ـ الخلّ»

(٢) ضعيف. أخرجه البيهقي في المعرفة كما في نصب الراية ٤/ ٣١١ من حديث جابر
وقال: المغيرة بن زياد ليس بالقوي.
وأخرج الدارقطني نحوه من حديث أم سلمة، وقال الدارقطني عقبه: تفرد به فرج بن فضالة، وهو ضعيف اهـ.
قلت: وهذا الأخير عند الدارقطني في سننه ١/ ٤٩ وأتم منه.
قال الزيلعي وكذا ابن حجر في الدراية رقم [٩٩٣] ويعارضه ظاهر حديث أنس: «سئل رسول الله ﷺ عن الخمر أتتخذ خلاً؟ قال: لا» أخرجه مسلم.

الذي نقص منه الخمر قيل يطهر تبعاً. وقيل لا يطهر لأنه خمر يابس إلا إذا غسل بالخل فيتخلل من ساعته فيطهر، وكذا إذا صبّ فيه الخمر ثم ملىء خلاً يطهر في الحال على ما قالوا. قال: **(ويكره شرب درديّ الخمر والامتشاط به)** لأن فيه أجزاء الخمر والانتفاع بالمحرم حرام، ولهذا لا يجوز أن يداوى به جرحاً أو دبرة دابة ولا أن يسقى ذمياً ولا أن يسقى صبياً للتداوي والوبال على من سقاه، وكذا لا يسقيها الدوابّ. وقيل لا تحمل الخمر إليها، أما إذا قيدت إلى الخمر فلا بأس به كما في الكلب والميتة. ولو ألقي الدرديّ في الخل لا بأس به لأنه يصير خلا لكنْ يباح حمل الخل إليه لا عكسه لما قلنا. قال: **(ولا يحدّ شاربه)** أي شارب الدرديّ **(إن لم يسكر)**. وقال الشافعي: يحدّ لأنه شرب جزءاً من الخمر. ولنا أن قليله لا يدعو إلى كثيره لما في الطباع من النبوة عنه فكان ناقصاً فأشبه غير الخمر من الأشربة ولا حدّ فيها إلا بالسكر، ولأن الغالب عليه الثفل فصار كما إذا غلب عليه الماء بالامتزاج **(ويكره الاحتقان بالخمر وإقطارها في الإحليل)** لأنه انتفاع بالمحرّم. ولا يجب الحدّ لعدم الشرب وهو السبب. ولو جعل الخمر في مرقة لا تؤكل لتنجسها بها. ولا حدّ ما لم يسكر منه لأنه أصابه الطبخ. ويكره أكل خبز عجن عجينه بالخمر لقيام أجزاء الخمر فيه.

الصورة الثانية فقال: ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر أو بين العنب والزبيب لا يحل ما لم يذهب منه ثلثاه انتهى. ويحتمل أن يقع لفظ التمر في قول المصنف أو بين التمر والزبيب بدل لفظ العنب سهواً من نفس المصنف أو من الناسخ الأول، إلا أنه يبقى نوع قصور في التعليل الذي ذكره ها هنا عن إفادة المدعي في الصورة الثانية على كل حال، إذ لم يتعرض بالزبيب في التعليل قط. ثم اعلم أن تاج الشريعة وجه ما وقع في نسخ الهداية ها هنا حيث قال: فإن قلت: هذا المعنى لا يتأتى في التمر والزبيب على ما قال في المختصر إنه يكتفي فيهما بأدنى طبخة. قلت: إن هذا على ما روى هشام في النوادر عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ انتهى. واقتفى أثره العيني، قلت: ويؤيده ما ذكره في الفصل الثاني من كتاب الأشربة من المحيط البرهاني حيث قال فيه: وإذا طبخ الزبيب أدنى طبخة فهو النبيذ ويحلّ شربه ما دام حلواً، وأما إذا غلى واشتدّ وقذف بالزبد فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله في ظاهر الرواية يحلّ الشرب، وعلى قول محمد والشافعي رحمهما الله لا يحلّ. وروى هشام في نوادره عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه ما لم يذهب الثلثان بالطبخ لا يحل انتهى، والله الموفق.

الإباحة والمنازع مكابر. وقوله: **(وكذا الصالح للمصالح)** يجوز أن يكون معناه المخلل صالح للمصالح، والصالح للمصالح مباح اعتباراً بالمتخلل بنفسه وبالدباغ. وقوله: **(والاقتراب لإعدام الفساد)** جواب عن قوله إن في التخليل اقتراباً من الخمر على وجه التموّل. ووجهه لا نسلم أنه على وجه التموّل بل المنظور إليه إعدام الفساد وذلك بالإراقة جائز فبالتخليل أولى لما فيه من إحراز مال يصير حلالاً في المآل، وهذا ظاهر وما بعده إلا المكابرة. فإن قيل: فما تصنع بقوله ﷺ «لا ولكن أرقها» حين سأله أبو طلحة عن تخليل خمر أيتام عنده، وبما روي «أنه ﷺ نهى أن يتخذ الخمر خلاً» أجيب عن الأول بأن ذلك في ابتداء التحريم قمعاً لهم أن يحوموا حول الخمور كما حرّم الانتباذ في الأوعية المذكورة مع تصريحه ثانياً بأن الظرف لا يحرمه. ويوضحه «أنه عليه الصلاة والسلام أمر بكسر الدنان وشق الزقاق» وعن الثاني أن المراد بالاتخاذ الاستعمال كما في النهي عن اتخاذ الدوابّ كراسي، فإن المراد به الاستعمال، ولما نزل قوله تعالى «﴿اتخذوا أحبارهم ورهبانهم أرباباً من دون الله﴾ قال عديّ بن حاتم: ما عبدناهم قط، فقال عليه الصلاة والسلام: أليس كانوا يأمرون وينهون وتطيعونهم؟ قال نعم، فقال: هو ذاك» فسر الاتخاذ بالاستعمال. درديّ الخمر وغيرها: ما يبقى في أسفله، ومعناه يحرم شرب درديّ الخمر والانتفاع به، وإنما خص الامتشاط لأن له تأثيراً في تحسين الشعر. وقوله لما قلنا إشارة إلى التعليل المستفاد من قوله كما في الكلب والميتة **(ولا يحدّ شارب الدرديّ إن لم يسكر)** خلافاً للشافعي قال: لأنه شرب جزءاً من الخمر فيجب الحدّ ولنا الخ واضح.

فصل في طبخ العصير

والأصل أن ما ذهب بغليانه بالنار وقذفه بالزبد يجعل كأن لم يكن ويعتبر ذهاب ثلثي ما بقي ليحلّ الثلث الباقي، بيانه عشرة دوارق من عصير طبخ فذهب دورق بالزبد يطبخ الباقي حتى يذهب ستة دوارق ويبقى الثلث فيحل. لأن الذي يذهب زبداً هو العصير أو ما يمازجه، وأياً ما كان جعل كأنّ العصير تسعة دوارق فيكون ثلثها ثلاثة، وأصل آخر أن العصير إذا صبّ عليه ماء قبل الطبخ ثم طبخ بمائة، إن كان الماء أسرع ذهاباً لرقته ولطافته يطبخ الباقي بعد ما ذهب مقدار ما صبّ فيه من الماء حتى يذهب ثلثاه لأن الذاهب الأول هو الماء والثاني العصير،

فصل في طبخ العصير

قال جماعة من الشراح: لما كان طبخ العصير من أسباب منعه عن التخمر ألحقه بالأشربة تعليماً لإبقاء ما هو حلال على حله. وقال بعضهم: لما ذكر فيما تقدم أن العصير لا يحل ما لم يذهب ثلثاه شرع يبين كيفية طبخ العصير إلى أن يذهب ثلثاه قوله: **(لأن الذي يذهب زبداً هو العصير أو ما يمازجه، وأياً ما كان جعل كأن العصير تسعة فيكون ثلثها ثلاثة)** أقول: فيه شيء وهو أن وجه جعل العصير تسعة دوارق على تقدير أن يكون الذاهب زبداً هو العصير غير ظاهر، إذ لا يكون حينئذٍ فرق بين الذاهب زبداً من عشرة دوارق وبين الباقي منها في كونها عصيراً، فإذا جاز اعتبار بعض منها وهو الذاهب زبداً في حكم العدم بلا أمر يوجبه فلم لا يجوز اعتبار بعض من التسعة الباقية منها أيضاً في حكم العدم عند ذهابه بالطبخ، والأظهر في تعليل هذا الأصل أن يقال: لأن الذي يذهب زبداً جعل كأن لم يكن. لأن الزبد ليس بعصير فصار كما لو صبّ فيه دورق من ماء، ولو كان كذلك لم يعتبر الماء فكذلك هذا، ويفصح عن ذلك ما ذكره صاحب الغاية نقلاً عن أصل محمد رحمه الله حيث قال: قال محمد: في

فصل في طبخ العصير

لما كان طبخ العصير من أسباب منعه عن التخمر ألحقه بالأشربة تعليماً لإبقاء ما هو حلال على حله. الدورق: مكيال للشراب وهو عجمي. قوله: **(وإن كان يذهبان معاً تغلي الجملة حتى يذهب ثلثاه)** قال في النهاية: كأن محمداً علم أن العصير على نوعين: منه ما لو صب فيه الماء وطبخ يذهب الماء أوّلاً، ومنه إذا صب فيه الماء يذهبان معاً، ففصل الجواب فيه تفصيلاً. وحاصله أن الماء متى ما كان أسرع ذهاباً فإنه يطبخ حتى يبقى ثلث العصير، وإن كانا يذهبان معاً فإنه يطبخ حتى يبقى ثلث الكل. وقوله: **(ففي الوجه الأول)** يعني ما يذهب فيه الماء أولاً. وقوله يطبخ حتى يبقى تسع الجملة. قال شيخ الإسلام: طريق معرفته أن يجعل كل عشرة من الماء والعصير على ثلاثة أسهم، لأنك تحتاج إلى أن تجعل عشرة دوارق عصير على ثلاثة لحاجتك إلى الثلث والثلثين فيكون الماء ستة والعصير ثلاثة والكل تسعة أسهم، فإذا ذهب الماء أوّلاً فقد ذهب ستة من تسعة، وما ذهب يجعل كأن لم يكن لأنه ما بقي العصير لا غير وهو ثلاثة أسهم يطبخ حتى يذهب ثلثاه فقد ذهب مرة ستة ومرة اثنان فقد ذهب ثمانية وبقي واحد وهو تسع الكل. وقوله: **(وفي الوجه الثاني)** يعني الذي يذهب الماء والعصير معاً **(يطبخ حتى يذهب عشرون ويبقى عشرة)** لأنه يذهب بالغليان ثلثا العصير وثلثا الماء والباقي ثلث العصير وثلث الماء، فهي وما لو صبّ الماء في العصير بعد ما صار مثلثاً وسواء. وقوله: **(يحل)** لأنه أثر النار، مثاله لو طبخ عصير حتى ذهب ثلاثة أخماسه وبقي خمساه ثم قطع عنه النار فلم يبرد حتى ذهب عنه تمام الثلثين فلا بأس بذلك، لأنه صار مثلثاً بقوة النار، فإن الذي بقي من الحرارة بعد ما قطع عنه أثر تلك النار فهو وما لو صار مثلثاً والنار تحته سواء، هذا بخلاف ما إذا برد قبل أن يصير مثلثاً ثم غلي واشتد حتى ذهب بالغليان منه شيء، فإنه لا يحل لأن الغليان بعد ما انقطع عنه أثر النار لا يكون إلا بعد الشدة وحين اشتد صار محرماً. وقوله: **(بيانه عشرة أرطال عصير، إلى قوله: فعرفت أن الحلال ما بقي منه رطلان**

فصل في طبخ العصير

قوله: **(وما ذهب يجعل كأن لم يكن لأنه ما بقي العصير لا غير)** قوله لأنه: أي لأن الشأن، ولفظه «ما» في قوله ما بقي موصولة والله أعلم.

فلا بد من ذهاب ثلثي العصير، وإن كانا يذهبان معاً تغلي الجملة حتى يذهب ثلثاه ويبقى ثلثه فيحل لأنه ذهب الثلثان ماء وعصيراً والثلث الباقي ماء وعصير فصار كما إذا صبّ الماء فيه بعد ما ذهب من العصير بالغلي ثلثاه. بيانه عشرة دوارق من عصير وعشرون دورقاً من ماء. ففي الوجه الأول يطبخ حتى يبقى تسع الجملة لأنه ثلث العصير؛ وفي الوجه الثاني حتى يذهب ثلثا الجملة لما قلنا، والغلي بدفعة أو دفعات سواء إذا حصل قبل أن يصير محرماً. ولو قطع عنه النار فغلي حتى ذهب الثلثان يحل لأنه أثر النار. وأصل آخر أن العصير إذا طبخ فذهب بعضه ثم أهريق بعضه كم تطبخ البقية حتى يذهب الثلثان فالسبيل فيه أن تأخذ ثلث الجميع فتضربه في الباقي بعد المنصب ثم تقسمه على ما بقي بعد ذهاب ما ذهب بالطبخ قبل أن ينصب منه شيء فما يخرج بالقسمة فهو حلال. بيانه عشرة أرطال عصير طبخ حتى ذهب رطل ثم أهريق منه ثلاثة أرطال تأخذ ثلث العصير كله وهو ثلاثة وثلث وتضربه فيما بقي بعد المنصب هو ستة فيكون عشرين ثم تقسم العشرين على ما بقي بعد ما ذهب بالطبخ منه قبل أن ينصب منه شيء وذلك تسعة، فيخرج لكل جزء من ذلك اثنان وتسعان، فعرفت أن الحلال فيما بقي منه رطلان وتسعان، وعلى هذا تخرج المسائل ولها طريق آخر، وفيما اكتفينا به كفاية وهداية إلى تخريج غيرها من المسائل.

الأصل عشرة دوارق عصير تصبّ في قدر فتطبخ فتغلى وتقذف بالزبد، فجعل يأخذ ذلك الزبد حتى جمع من ذلك الزبد قدر دورق، ثم يطبخ الباقي حتى يبقى ثلاثة دوارق وهو ثلث الباقي بعد الدورق الذي أخذ منه، وذلك لأن ما أخذ من الدورق زبد فجعل كأنه لم يكن، لأن الزبد ليس بعصير، وإذا لم يكن الزبد عصيراً يعتبر بما لو كان صبّ فيه دورق من ماء، ولو كان كذلك لا يعتبر العصير وهي تسعة دوارق، فكذلك هذا، إلى هنا لفظه قوله: **(وفيما اكتفينا به كفاية وهداية إلى تخريج غيرها من المسائل)** قلت: فيه إيهام لطيف لكتابيه المسمى أحدهما بكفاية المنتهى والآخر بالهداية.

وتسعان) وهذا لأن الرطل الذاهب بالطبخ في المعنى داخل فيما بقي، وكان الباقي إن لم ينصب منه شيء تسعة أرطال فعرفنا أن كل رطل من ذلك في معنى رطل وتسع رطل، لأن الرطل الذاهب بالغليان يقسم على ما بقي أتساعاً، فإذا انصبّ منه ثلاثة أرطال فهذا في المعنى ثلاثة أرطال وثلاثة أتساع رطل فيكون الباقي منه ستة أرطال وستة أتساع رطل فيطبخه حتى يبقى منه الثلث وهو رطلان وتسعا رطل. وقوله: **(ولها طريق آخر)** قيل هو أن يجعل الذاهب بالغليان من الحرام، لأنه إنما يطبخ ليذهب الحرام ويبقى الحلال. فثلثا عشرة أرطال حرام وهو ستة أرطال، وثلثا رطل وثلثه حلال وهو ثلاثة أرطال وثلث رطل، والذاهب بالطبخ ذاهب من الحرام. والباقي تسعة أرطال والحلال منها ثلاثة أرطال وثلث رطل، والحرام خمسة أرطال وثلثا رطل، فإذا أريق ثلثه فهو من الحلال والحرام جميعاً لأنه لا تعلق للذاهب عيناً بالحلال أو بالحرام وكان الذاهب منهما على السواء، فذهب من الحلال ثلثه وهو رطل وتسع رطل فيبقى ثلثاه رطلان وتسعا رطل، ولو رمت زيادة الانكشاف فاجعل كل رطل تسعاً لاحتياجك إلى حساب له ثلث ولثلثه ثلث وهو تسعة فصارت أرطال الحلال ثلاثين سهماً وقد أريق ثلثه وهو عشرة فيبقى عشرون وهو رطلان وتسعا رطل.

كتاب الصيد

قال: الصيد الاصطياد، ويطلق على ما يصاد، والفعل مباح لغير المحرم في غير الحرم لقوله تعالى ﴿وإذا

كتاب الصيد

قال صاحب غاية البيان: مناسبة كتاب الصيد بكتاب الأشربة من حيث أن كل واحد من الأشربة والصيد من المباحات التي تورث السرور والنشاط في الآدمي، إلا أن السرور في الأشربة المباحة أكثر لأنه بأمر يدخل في الباطن والسرور في الصيد بأمر خارجي فكان ألاول أقوى، وصار بالتقديم أولى انتهى أقول: فيه نظر، أما أولاً فلأن وضع كتاب الأشربة لبيان الأشربة المحرّمة دون الأشربة المباحة، وإلا لذكر فيه كل أشربة مباحة على التفصيل، مع أنه لم يذكر فيه من الأشربة المباحة إلا نبذ قليل له مناسبة مع بعض الأشربة المحرمة في وجه ما حتى وقع لأجله الخلاف من بعض العلماء في حله على أنهم صرحوا في أول كتاب الأشربة بأن الأشربة جمع شراب. والشراب عند أهل الشرع اسم لما هو حرام من المائعات، فما معنى قوله إن كل واحد من الأشربة والصيد من المباحات التي تورث السرور. وأما ثانياً فلأن ما ذكره ها هنا لا يناسب ما ذكره في أول كتاب الأشربة، فإنه قال هناك: ذكر كتاب الأشربة بعد الشرب لمناسبة بينهما في الاشتقاق، ولكن قدم الشرب لأنه حلال والأشربة فيها الحرام كالخمر انتهى، فقد جعل هناك تأخير الأشربة عن الشرب حرمتها، وجعل ها هنا وجه مناسبتها بالصيد إباحتها مع إيراث السرور، فبين كلاميه في المقامين تنافر لا يخفى. فالوجه الظاهر في مناسبة كتاب الصيد لكتاب الأشربة وفي تقديم الأشربة على الصيد ما ذكر في الشروح الأخر فراجعها قوله: (**الصيد هو الاصطياد يطلق على ما يصاد**) يعني أن الصيد مصدر بمعنى الاصطياد وهو أخذ الصيد، كالاحتطاب وهو أخذ الحطب، ثم يراد به ما يصاد مجازاً إطلاقاً لاسم المصدر على المفعول وهو الممتنع المتوحش عن الآدمي بأصل مأكولاً كان أو غير مأكول، كذا في غاية البيان، وقال في الخلاصة؛ وإنما يحل الصيد بخمسة عشر شرطاً خمسة في الصياد: وهو أن يكون من أهل الذكاة، وأن يوجد منه الإرسال، وأن لا يشاركه في الإرسال من لا يحل صيده، وأن لا يترك التسمية عامداً، وأن لا يشتغل بين الإرسال والأخذ بعمل. وخمسة في الكلب: منها أن يكون معلماً، وأن يذهب على سنن الإرسال، وأن لا يشاركه في الأخذ ما لا يحل صده، وأن يقتله جرحاً، وأن لا يأكل منه. خمسة في الصيد: منها أن لا يكون متقوياً بأنيابه أو مخلبه، وأن لا يكون من الحشرات، وأن لا يكون من بنات الماء سوى السمك، وأن يمنع نفسه بجناحه أو قوائمه، وأن يموت بهذا قبل أن يوصل إلى ذبحه انتهى، وذكرت هذه الشروط في النهاية وغاية البيان أيضاً نقلاً عن الخلاصة،

كتاب الصيد

مناسبة كتاب الصيد لكتاب الأشربة من حيث أن كل واحد من الأشربة والصيد مما يورث السرور، إلا أنه قدم الأشربة لحرمتها اعتناء بالاحتراز عنه ومحاسنه محاسن المكاسب، وسببه يختلف باختلاف حال الصائد، فقد يكون الحاجة إليه، وقد يكون إظهار الجلادة، وقد يكون الفرح، والصيد مصدر وقد يراد به المفعول، وهو حلال وحرام، لأن الصائد إما أن يكون محرماً أو لا، فإن كان فهو حرام، وإن لم يكن، فأما إن إصطاد في الحرم أو لا؛ فإن اصطاد فيه فكذلك، وإلا فهو حلال إذا وجد خمسة عشر شرطاً: خمسة في الصائد: وهو أن يكون من أهل الذكاة، وأن يوجد منه الإرسال، وأن لا يشاركه في الإرسال من لا يحل صيده، وأن لا يترك التسمية عامداً، وأن لا يشتغل بين الإرسال والأخذ بعمل آخر، وخمسة في الكلب:

كتاب الصيد

مر في فصل جناية الصيد من كتاب الحج تعريفان للصيد قوله: (**من حيث أن كل واحد من الأشربة**) أقول: ومن حيث أن الصيد من الأطعمة، ومناسبتها للأشربة غير خفية. ثم كما أن منها حلالاً وحراماً كذلك من الصيود ما هو حلال وحرام قوله: (**إلا أنه قدم**

حللتم فاصطادوا﴾ وقوله عزّ وجلّ ﴿وحرّم عليكم صيد البرّ ما دمتم حرما﴾ ولقوله عليه الصلاة والسلام لعديّ بن

وذكرها صاحب العناية أيضاً، وقال: كذا في النهاية منسوباً إلى الخلاصة، وقدح بعض الفضلاء في واحد من هاتيك الشروط حيث قال: قوله وأن يموت بهذا قبل أن يوصل إلى ذبحه مستدرك بعد قوله وأن يقتله جرحاً انتهى. أقول: لا استدراك فيه، لأن الشرط الذي أريد بقوله وأن يقتله جرحاً ليس مجرد قتله بل قتله جرحاً والمقصود منه الاحتراز عن قتله خنقاً، فإنه لا يحل أكله حينئذٍ كما ستقف عليه، وكذا الشرط الذي أريد بقوله وأن يموت بهذا قبل أن يوصل إلى ذبحه ليس مجرد موته بل موته قبل أن يوصل إلى ذبحه، إذ لو مات بذلك بعد أن يصل المرسل إلى ذبحه لم يحل أكله إن لم يذبحه المرسل كما ستعرفه أيضاً، ولا شكل أن اشتراط أن يقتله الكلب جرحاً لا يغني عن اشتراط أن يموت الصيد بجرح الكلب قبل أن يصل المرسل إلى ذبحه لجواز أن يقتله الكلب جرحاً بعد أن يصل المرسل إلى ذبحه فحينئذٍ لا يحل أكله، فلا بد من بيان الشرط الآخر أيضا على الاستقلال، وطعن صاحب العناية في جملة ما نقل عن الخلاصة حيث قال: فيه تسامح، لأن هذا شرط الاصطياد للأكل بالكلب لا غير، على أنه لو انتفى بعضه لم يحرم كما لو اشتغل بعمل آخر لكن أدركه حياً فذبحه، وكذا إذا لم يمت بهذا لكنه ذبحه فإنه صيد وهو حلال انتهى. أقول: يمكن أن يعتذر عما ذكره في علاوته بأن الكلام في شرائط حل الصيد المحض وهو الذي لم يدركه الصياد حياً بل مات بجرح آلة الصيد كالكلب والبازي والرمي وصار مذبوحا بالذبح الاضطراري، وما أدركه حياً فذبحه لا يكون صيداً محضاً بل يصير ملحقاً بسائر ما يذبح بالذبح الاختياري فيكون خارجا عن محل الاشتراط. وطعن بعض الفضلاء في قول صاحب العناية فيه تسامح، لأن هذا شرط الاصطياد للأكل بالكلب حيث قال: فيه تسامح بل شرط حل الصيد. أقول: الظاهر أن مراد صاحب العناية بالاصطياد في قوله لأن هذا شرط الاصطياد للأكل هو الاصطياد الشرعي وهو ما كان حلالاً، فيؤول معنى قوله شرط الاصطياد الى شرط حل الصيد، فإن عد هذا تسامحاً فهو من قبيل التسامح في التعبير بناء على ظهور المراد. ولا يبالي بمثله خلاف ما ذكره صاحب العناية من التسامح في كلام صاحب الخلاصة، فإنه راجع إلى المعنى تدبر تفهم. ثم قصد ذلك البعض دفع ما ذكره صاحب العناية في علاوته حيث قال: مراد صاحب الخلاصة بيان شرائط حل صيد قتله الكلب ولم يكن فيه آلة غيره فليتأمل انتهى. أقول: لا يذهب عليك أن كلام صاحب الخلاصة مع عدم مساعدته لهذا التقييد وعدم قيام قرينة عليه

أن يكون معلماً وأن يذهب على سنن الإرسال وأن لا يشاركه في الأخذ ما لا يحل صيده، وأن يقتله جرحاً، وأن لا يأكل منه. وخمسة في الصيد: أن لا يكون من الحشرات وأن لا يكون من بنات الماء إلا السمك وأن يمنع نفسه بجناحيه أي قوائمه وأن لا يكون متقوياً بأنيابه أو بمخلبه وأن يموت بهذا قبل أن يصل إلى ذبحه كذا في النهاية منسوباً إلى الخلاصة وفيه تسامح لأن هذا شرط الاصطياد للأكل بالكلب لا غير، على أنه لو انتفى بعضه لم يحرم كما لو اشتغل بعمل آخر لكن أدركه حياً فذبحه وكذا إذا لم يمت بهذا لكنه ذبحه فإنه صيد، وهو حلال، وهو مشروع بالكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وإذا حللتم فاصطادوا﴾؛ فإن أدنى مرتبة الأمر الإباحة، وقوله تعالى ﴿وحرّم عليكم صيد البرّ ما دمتم حرماً﴾ فإنه يدل على

الأشربة) أقول: لا يقال كونها مع الشرب شعبتا عرق واحد يكفي في وجه تقديمها على الصيد لأنه لم يدع أحد عدم الكفاية، وإنما المقصود إبداء وجه آخر ولا مشاحة فيه قوله: **(وأن يموت بهذا)** أقول: قوله وأن يموت بهذا مستدرك بعد قوله وأن يقتله جرحاً قوله: **(قبل أن يصل إلى ذبحه)** أقول: وإلا لا يكون صيداً محضاً والكلام في حله قوله: **(وفيه تسامح لأن هذا شرط الاصطياد للأكل بالكلب)** أقول: وفيه تسامح بل شرط حل الصيد قوله: **(لا غير)** أقول: يعني لا غيره من سباع الطيور قوله: **(على أنه لو انتفى بعضه لم يحرم الخ)** أقول: مراد صاحب الخلاصة بيان شرائط حل صيد قتله الكلب ولم يكن فيه آلة غيره فليتأمل قوله: **(وكذا إذا لم يمت بهذا)** أقول: ناظر إلى قوله وأن يموت بهذا قبل أن يصل إلى ذبحه.

حاتم الطائي رضي الله عنه «إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل. وإن أكل منه فلا تأكل لأنه إنما أمسك على نفسه، وإن شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فإنك إنما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك[1] وعلى إباحته انعقد الإجماع. ولأنه نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك، وفيه استبقاء المكلف وتمكينه من إقامة التكاليف فكان مباحاً بمنزلة الاحتطاب. ثم ما يحويه الكتاب فصلان: أحدهما في الصيد بالجوارح والثاني في الاصطياد بالرمي.

لا يدفع كون مراده هذا المعنى التسامح الذي حاصله التقصير في البيان، فإنه لا وجه لبيان شرائط حلّ نوع مخصوص من أنواع الصيد وترك بيان شرائط سائر أنواعه بلا ضرورة داعية إليه قوله: (**وقوله عز وجلّ ﴿وحرم عليكم صيد البرّ ما دمتم حرماً﴾ المائدة (٩٦)** مدّ التحريم إلى غاية فاقتضى الإباحة فيما وراء تلك الغاية، كذا قالوا. واعترض عليه صاحب العناية حيث قال: فيه نظر، لأنه استدل بمفهوم الغاية وهو ليس بحجة اهـ. أقول: لا نسلم أن مفهوم الغاية ليس بحجة، بل هو حجة بالاتفاق كما نص عليه العلامة التفتازاني في التلويح في باب المعارضة والترجيح بصدد بيان المخلص لدفع التعارض بين قراءة التشديد وقراءة التخفيف في قوله تعالى ﴿ولا تقربوهنّ حتى يطهرن﴾ البقرة (٢٢٢).

الحل إذا زال الإحرام. وفيه نظر لأنه استدلال بمفهوم الغاية وهو ليس بحجة، ولو ذكر مكانه ﴿أحل لكم صيد البحر﴾ كان أنسب. وأما السنة فقوله ﷺ لعديّ بن حاتم على ما ذكر في الكتاب ولم يرو خلاف لأحد في إباحته فكان إجماعاً. وقوله: (**ولأنه نوع اكتساب، والاكتساب مباح كالاحتطاب**) استدلال بالمعقول.

قال المصنف: (**وقوله عز وجل ﴿وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرماً﴾**) أقول: ما دام لتوقيت فعل بمدة ثبوت مصدر خبرها لفاعل ذلك المصدر، فأنت في قولك اجلس ما دام زيد قائماً أبوه مؤقت جلوس المخاطب بمدة ثبوت قيام أبي زيد، وما التي في ما دام مصدرية والمضاف الذي هو الزمان محذوف: أي مدة دوام قيام أبي زيد، كذا في شرح الرضى قوله: (**وفيه نظر، لأنه استدلال بمفهوم الغاية وهو اليس بحجة**) أقول: في التلويح: مفهوم الغاية حجة بالاتفاق مع أنه يجوز أن يكون المقصود بيان حرمته للمحرم المعلومة في قوله لغير المحرم، ويثبت جوازه لغير المحرم بالإباحة الأصلية، ولقوله تعالى: ﴿خلق لكم ما في الأرض جميعاً﴾ انتهى، وفيه بحث، إذ الكلام في حل الفعل، ثم لو ثبت الجواز الإباحة الأصلية لم يحتج إلى الدليل، وذلك لأن الأصل في الحل بالذبح هو الذبح الاختياري والاضطراري على خلاف الأصل.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٥٤٧٥ و ٥٤٧٦ و ٥٤٨٤ و ٥٤٨٧ و ٥٤٨٣ ومسلم ١٩٢٩ من وجوه كثيرة وأبو داود ٢٨٤٩ و ٢٨٥٠ و ٢٨٤٨ و ٤٨٥١ والترمذي ١٤٦٩ و ١٤٦٧ و ١٤٦٨ و ١٤٧٠ والنسائي ٧/ ١٨٠ . ١٨٢ وابن ماجه ٣٢١٣ والدارمي ٢/ ٨٩ والطيالسي ١٠٣٠ وعبد الرزاق ٨٥٣١ والحميدي ٩١٤ و ٩١٥ و ٩١٧ وأحمد ٤/ ٢٥٦ . ٢٥٧ . ٢٥٨ . ٣٧٧ . ٣٨٠ وابن الجارود ٩١٩ و ٩٢١ وابن حبان ٥٨٨٠ والطبراني ١٧ (١٥٤) (١٥٥) (١٥٧) (١٥٩) والبيهقي ٩/ ٢٣٦ . ٢٣٨ . ٢٣٩ . ٢٤٨ والبغوي ٢٧٦٨ من طرق كثيرة عن الشعبي كلهم من حديث عدي بن حاتم بألفاظ متقاربة. وحديث عدي بن حاتم مشهور عنه روىٰ ذلك الحديث جماعة عنه، وأكثرهم جعله من رواية الشعبي عنه.

فصـل في الجوارح

قال: **(ويجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد والبازي وسائر الجوارح المعلمة. وفي الجامع الصغير: وكل شيء علمته من ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير فلا بأس بصيده، ولا خير فيما سوى ذلك إلا أن تدرك**

فصل في الجوارح

قدم فصل الجوارح على فصل الرمي لأن آلة الصيد هنا حيوان وفي الرمي جماد، وللحيوان فضل على الجماد والفاضل يقدم على المفضول، كذا في الشروح قوله: **(وفي الجامع الصغير: وكل شيء علمته من ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير فلا بأس بصيده، ولا خير فيما سوى ذلك إلا أن تدرك ذكاته)** قال صاحب العناية: إنما أورد رواية الجامع الصغير بقوله ولا خير فيما سوى ذلك: أي فيما سوى المعلمة من ذي الناب والمخلب، فإن رواية القدوري تدل على الإثبات لا غير، ورواية الجامع الصغير تدل على الإثبات والنفي جميعاً انتهى. أقول: فيه شيء، إذ قد صرحوا في شروح هذا الكتاب وغيرها بأن تخصيص الشيء بالذكر في الروايات تدل على نفي الحكم عما عداه بالاتفاق، فرواية القدوري أيضا تدل على إثبات جواز الاصطياد بما ذكر، ونفي جوازه بما سوى ذلك فلا يتم قوله إن رواية القدوري تدل على الإثبات لا غير، اللهم إلا أن يكون مراده أن رواية القدوري تدل بمنطوقها على الإثبات لا غير وإن دلت بمفهومها على النفي أيضاً، وأما رواية الجامع الصغير فتدل بمنطوقها على الإثبات والنفي معاً لكن لا يظهر حينئذٍ في إيراد رواية الجامع الصغير كبير نفع كما لا يخفى. قال جماعة من الشراح: إنما ذكر في الجامع الصغير بلفظ لا بأس مع ثبوت إباحة الاصطياد بالكتاب، لأن قوله تعالى ﴿وما علمتم من الجوارح﴾ المائدة (٤). قد خص منه البعض وهو الخنزير والأسد والدبّ، والنص إذا خص منه البعض يصير ظنياً فتتمكن فيه الشبهة كما عرف في الأصول فلذلك ذكر بلفظ لا بأس انتهى. أقول: فيه نظر، لأن الخنزير مخصوص من النص المذكور بالعقل لأنه نجس العين، والعقل يدل على عدم جواز الانتفاع بالنجس، وقد عرف في علم الأصول أن النص الذي خص منه شيء بالعقل لا يصير ظنياً بل يكون قطعياً لكونه في حكم الاستثناء، وقد أشار إليه المصنف بقوله فيما بعد: والخنزير مستثنى لأنه نجس العين ولا يجوز الانتفاع به. وأما الأسد والدبّ فليسا بداخلين رأساً في النص المذكور لأنهم صرّحوا بأن الأسد والدب لا يصلحان للتعليم لأنهما لا يعملان للغير فلم يدخلا تحت قوله تعالى ﴿وما علمتم من الجوارح﴾ (المائدة (٤) ولا يخفى أن تخصيص شيء من شيء فرع دخوله فيه أولاً، فإذا لم يدخلا

فصـل في الجوارح

قدم فصل الجوارح على فصل الرمي لما أن آلة الصيد هاهنا حيوان وفي الرمي جماد، وللفاضل تقدم على المفضول.

قال: **(ويجوز الاصطياد بالكلب المعلم الخ)** يجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد المعلم والبازي المعلم وسائر الجوارح المعلمة، وهذا بعمومه يتناول الأسد والذئب والدبّ والخنزير، لكن الخنزير لكونه نجس العين لا يجوز الانتفاع به، وكان ذلك معلوماً لكل أحد فلم يستثنه، والباقية إن أمكن تعليمها جاز الاصطياد بها، لكنهم قالوا: لا يمكن تعليم الأسد والدبّ لأن من عادتهما أنهما إذا أمسكا صيداً لا يأكلانه في الحال، والتعلم إنما يتحقق بترك الأكل فلا يعلم أنه ترك عادة أو تعلماً، ولأن التعليم لأن يمسك للغير والأسد لعلوّ همته لا يفعل ذلك والدبّ لخساسته، ولهذا استثناهما أبو يوسف رحمه الله وألحق بعضهم الحدأة بالدبّ لمعنى الخساسة، وإنما أورد رواية الجامع الصغير لقوله: ولا خير فيما سوى ذلك: أي فيما سوى المعلمة من ذي الناب والمخلب، فإن رواية القدوري رحمه الله تدل على الإثبات لا غير، ورواية الجامع الصغير تدل على

فصل في الجوارح

قوله: **(فإن رواية القدوري تدل الخ)** أقول: تعليل لقوله وإنما أورد رواية الجامع الصغير.

ذكاته) والأصل فيه قوله تعالى: **﴿وما علمتم من الجوارح مكلبين﴾**. والجوارح: الكواسب. قال في تأويل

في النص المذكور لم يكونا مخصوصين منه. ولئن سلم كون كل من تلك الثلاثة مخصوصاً من النص المذكور وكون تخصيص كل واحد منها منه بالكلام المستقل دون العقل فلا نسلم كون ذلك النص بعده ظنيا، إذ قد تقرر في علم الأصول أن العام الذي أخرج منه البعض بكلام مستقل إنما يصير ظنياً إذا كان المخرج موصولاً بذلك، وأما إذا لم يكن موصولاً به فيكون قطعياً في الباقي ويطلق على مثل هذا الإخراج في عرف أهل الأصول النسخ دون التخصيص، ولا شك أن مخرج تلك الجوارح الثلاثة من النص المزبور ليس بموصول بذلك النص فلا يصير ظنياً لا محالة تبصر قوله: **(والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وما علمتم من الجوارح مكلبين﴾)** المائدة (٤) وذلك لأنه عطف على الطيبات قي قوله تعالى ﴿قل أحلّ لكم الطيبات﴾ المائدة (٤) أي أحل لكم الطيبات وصيد ما علمتم من الجوارح فحذف المضاف، كذا في الكافي والشروح، قال صاحب العناية بعد ذلك: فيه نظر، لأن القران في النظم لا يوجب القران في الحكم، والجواب أن ذلك إذا لم يدل الدليل على القران وها هنا قد دل، فإنه قوله تعالى ﴿قل أحلّ لكم الطيبات﴾ المائدة (٤) جواب عن قوله تعالى: ﴿يسئلونك ماذا أحل لهم﴾ المائدة (٤) فإن لم يكن ﴿وما علمتم من الجوارح﴾ مقارناً لم يكن ذكره على ما ينبغي انتهى. أقول: نظره فاسد وجوابه كاسد. أما الأول فلأن اشتراك المعطوف مع المعطوف عليه في الحكم السابق واجب لا محالة مقرر في علم النحو بلا ارتياب، فيلزم في الآية المذكورة الاشتراك في حكم الإحلال ضرورة، وقول الأصوليين القران في النظم لا يوجب القران في الحكم ليس بإنكار لمثل هذه القاعدة المقررة في علم النحو، بل معناه أن مجرد المقارنة في النظم لا يوجب المقارنة في الحكم بدون أن يتحقق أمر مقتض للمقارنة في الحكم أيضا، وفيما نحن فيه قد تحقق ذلك وهو قضية العطف. وأما الثاني فلأن لقائل أن يقول: إنما يلزم من أن لا يكون ﴿وما علمتم من الجوارح﴾ مقارناً لأحل لكم الطيبات أن لا يكون ذكره على ما ينبغي لو كان ﴿وما علمتم من الجوارح﴾ المائدة (٤) داخلاً تحت جواب قوله تعالى ﴿يسئلونك ماذا أحل لهم﴾ المائدة (٤) ومن يقول إن القران في النظم لا يوجب القران في الحكم كيف يسلم ذلك، بل يقول: يجوز أن يكون جواب ذلك ﴿قل أحل لكم الطيبات﴾ المائدة (٤) فقط ويكون ما بعده كلاماً مستقلاً مسوقاً لبيان حكم جديد ولإفادة فائدة أخرى، ثم قال صاحب العناية: ويجوز أن يكون ﴿وما علمتم من الجوارح﴾ شرطية، وجوابه ﴿فكلوا مما أمسكن عليكم﴾ المائدة (٤). وهو سالم عن الاعتراض فالحمل عليه أولى انتهى. أقول: في

الإثبات والنفي جميعاً. **(والأصل في ذلك)** أي في جواز الاصطياد بالمذكور قوله تعالى: ﴿وما علمتم من الجوارح مكلبين﴾ وذلك لأنه معطوف على قوله تعالى: ﴿أحل لكم الطيبات﴾ أي أحل لكم الطيبات وصيد ما علمتم، وفيه نظر لأن القران في النظم لا يوجب القران في الحكم. والجواب أن ذلك إذا لم يدل الدليل على القران وها هنا قد دل، فإن قوله تعالى: ﴿قل أحل لكم الطيبات﴾ جواب عن قوله: ﴿يسألونك ماذا أحل لهم﴾ فإن لم يكن ﴿وما علمتم من الجوارح﴾ مقارناً له لم يكن ذكره على ما ينبغي، ويجوز أن يكون وما علمتم من الجوارح شرطية، وجوابه ﴿فكلوا مما أمسكن عليكم﴾ وهو سالم عن الاعتراض المذكور فالحمل عليه أولى. والجوارح: الكواسب من سباع البهائم والطير كالكلب والفهد والنمر والعقاب والصقر

قوله: **(لأنه معطوف على قوله ﴿أحل لكم الطيبات﴾)** أقول: فيه تسامح لأنه معطوف على الطيبات قوله: **(وصيد ما علمتم)** أقول: والقرينة على تقدير الصيد قوله تعالى: ﴿فكلوا مما أمسكن﴾ فليفهم قوله: **(وفيه نظر، لأن القران في النظم لا يوجب القران في الحكم)** أقول: ليس ذلك من القران في النظم، لأن قوله تعالى: ﴿وما علمتم من الجوارح﴾ مفرد معطوف على الطيبات بتقدير المضاف فيشتركان في حكم الإحلال ضرورة قوله: **(ولكن لما كان التأديب غالباً في الكلاب اشتق من لفظه)** أقول: فإن قيل: ما الحاجة إلى هذا العذر بعد ما ذكره المصنف من أن اسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الأسد. قلنا: يتناول جوارحِ الطيور، فالمراد بالكلب في قوله في الكلاب ما يعم كل سبع عقور ذي ناب فليتأمل.

المكلبين: المسلطين، فيتناول الكل بعمومه، دل عليه ما روينا من حديث عديّ رضي الله عنه. واسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الأسد. وعن أبي يوسف أنه استثنى من ذلك الأسد والدبّ لأنهما لا يعملان لغيرهما. الأسد لعلوّ همته والدبّ لخساسته، وألحق بهما بعضهم الحدأة لخساسته، والخنزير مستثنى لأنه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به. ثم لا بد من التعليم، لأن ما تلونا من النص ينطق باشتراط التعليم والحديث به وبالإرسال، ولأنه إنما يصير آلة بالتعليم ليكون عاملاً له فيترسل بإرساله ويمسكه عليه. قال: **(تعليم الكلب أن يترك الأكل ثلاث مرات، وتعليم البازي أن يرجع ويجيب إذا دعوته)** وهو مأثور عن ابن عباس رضي الله عنهما، ولأن بدن البازي لا يحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمله فيضرب ليتركه، ولأن آية التعليم ترك ما هو مألوفه عادة، والبازي متوحش متنفر فكانت الإجابة آية تعليمه. وأما الكلب فهو ألوف يعتاد الانتهاب فكان آية تعليمه ترك مألوفه وهو الأكل والاستلاب، ثم شرط ترك الأكل ثلاثاً وهذا عندهما وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله، لأن فيما دونه مزيد

تفريع قوله فالحمل عليه أولى خلل، لأن الاعتراض المذكور لا يرد على معنى الآية بالتفسير الأول، بل على الاستدلال به على مسألتنا هذه، ولا يخفى أن تعين معنى الآية أو رجحان أحد محتمليها لا يتوقف على تمام الاستدلال بها، بل الأمر بالعكس، فما معنى تفريع قوله فالحمل عليه أولى على قوله وهو سالم عن الاعتراض المذكور قوله: **(والجوارح الكواسب، قال في تأويل: والمكلبين المسلطين، فيتناول الكل بعمومه، دل عليه ما روينا من حديث عديّ)**[1] قال صاحب العناية: واستدل المصنف على صحة التأويل بعموم حديث عديّ بن حاتم. أقول: لا صحة لهذا الكلام، إذ لا يذهب على ذي مسكة أن ليس مقصود المصنف بيان صحة وتأويل دون صحة تأويل آخر، إذ لا تنافي بين التأويلين كما سيجيء في الكتاب، وأيضا عموم حديث عديّ لا ينافي التأويل الآخر وهو أن يكون الجوارح هي التي تجرح من الجراحة بل يوافقه أيضا، فما معنى الاستدلال بعمومه على صحة تأويل دون آخر، فالظاهر أن مراد المصنف بقوله دلّ عليه ما روينا من حديث[2] عديّ إنما هو الاستدلال على تناول ما في الآية الكل بحديث عديّ بن حاتم، فالمعنى دل على تناول الكل ما رويناه من حديث عديّ وبينه بقوله واسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الأسد، لكن بقي شيء في كلام المصنف وهو أن المدعي جواز الاصطياد بكل شيء علمته من ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير، فالمراد بالتناول في قوله فيتناول الكل بعمومه إنما هو التنازل لكل ما في المدعي، ولا يخفى أن حديث عديّ لا يدل عليه لأنه لا يتناول جوارح الطيور، وإنما يتناول جوارح السباع على تقدير أن يراد بالكلب المذكور فيه كل ذي سبع دون النوع المعين المعروف قوله: **(لأن ما تلونا من النص ينطق باشتراط التعليم والحديث به وبالإرسال)** أقول: فيه نوع شبهة، لأن كون ما تلاه من الآية ناطقاً بالتعليم، وما

والبازي والشاهين وغيرهما قال الله تعالى: ﴿أم حسب الذين اجترحوا السيئات﴾ وإنما قال في تأويل لأنه في تأويل آخر هي التي تجرح من الجراحة، والمكلبين بمعنى المسلطين فيتناول الكل بعمومه، ولكن لما كان التأديب غالباً في الكلاب اشتق من لفظه. وفيه إشار إلى نفي ما ذهب إليه ابن عمر ومجاهد رضي الله عنهم أنه لا يجوز الاصطياد إلا بالكلب مستدلين بلفظ مكلبين، واستدل المصنف رحمه الله على صحة التأويل بعموم حديث عديّ بن حاتم. وقال: واسم الكلب يقع في اللغة على كل سبع حتى الأسد، ومنه قوله عليه الصلاة والسلام في دعائه «اللهم سلط عليه كلباً من كلابك» فافترسه الأسد. وقوله:

قال المصنف: **(دل عليه ما روينا من حديث عدي)** أقول: لكن لا دلالة فيه على عمومه جوارح الطيور، بخلاف الآية قال المصنف: **(ولأن بدن البازي لا يحتمل الضرب)** أقول: يعني لا يمكن تعليمه بترك الأكل إلا بالضرب حالة الأكل، وجثته لا تحتمل الضرب، فأما جثة الكلب فتحتمله قوله: **(قيل فيه نظر)** أقول: القائل صاحب النهاية وصاحب الكفاية وصاحب معراج الدراية قوله:

---

(١) هو المتقدم. رواه الجماعة.
(٢) هو المتقدم.

الاحتمال فلعله تركه مرة أو مرتين شبعاً، فإذا تركه ثلاثاً دل على أنه صار عادة له، وهذا لأن الثلاث مدة ضربت الاختبار وإبلاء الأعذار كما في مدة الخيار. وفي بعض قصص الأخيار: ولأن الكثير هو الذي يقع أمارة على العلم دون القليل والجمع هو الكثير وأدناه الثلاث فقدّر بها. وعند أبي حنيفة على ما ذكر في الأصل: لا يثبت التعليم ما لم يغلب على ظن الصائد أنه معلم، ولا يقدر بالثلاث لأن المقادير لا تعرف اجتهاداً بل نصاً وسماعاً ولا سمع فيفوّض إلى رأي المبتلى به كما هو أصله في جنسها. وعلى الرواية الأولى عنده يحل ما اصطاده ثالثاً. وعندهما لا يحل لأنه إنما يصير معلماً بعد تمام الثلاث وقبل التعليم غير معلم، فكان الثالث صيد كلب جاهل وصار كالتصرف المباشر في سكوت المولى. وله أنه آية تعليمه عنده فكان هذا صيد جارحة معلمة، بخلاف تلك المسألة، لأن الإذن إعلام ولا يتحقق دون علم العبد وذلك بعد المباشر. قال: **(وإذا أرسل كلبه المعلم أو بازيه وذكر اسم الله تعالى عند إرساله فأخذ الصيد وجرحه فمات حل أكله)** لما روينا من حديث عدي رضي الله عنه، ولأن الكلب أو البازي آلة

رواه من الحديث ناطقاً بالتعليم وبالإرسال مما لا كلام فيه، وأما كون ما تلاه من الآية ناطقا باشتراط التعليم وكون ما رواه من الحديث ناطقاً باشتراط التعليم كما هو المدعي ها هنا وباشتراط الإرسال أيضاً فليس بظاهر وإنما يدلان على الاشتراط المذكور بطريق مفهوم المخالفة، وهو ليس بحجة عندنا في الأدلة الشرعية كما عرف قوله: **(ولأن آية التعليم ترك ما هو مألوفه عادة والبازي متوحش متنفر فكانت الإجابة آية تعليمه، وأما الكلب فهو ألوف عادة يعتاد الانتهاب فكان آية تعليمه ترك مألوفه وهو الأكل والاستلاب)** قال صاحب النهاية: ولكن هذا الفرق لا يتأتى في الفهد والنمر فإنه متوحش كالبازي، ثم الحكم فيه وفي الكلب سواء، فالمعتمد هو الأول، كذا في المبسوط انتهى. واقتفى أثره صاحب الكفاية ومعراج الدراية. وزعم صاحب العناية أنه ليس بوارد حيث قال: قيل فيه نظر، لأن هذا الفرق لا يتأتى في الفهد والنمر فإنه متوحش كالبازي، ثم الحكم فيه وفي الكلب سواء، فالمعتمد هو الأول، وليس بوارد لأنه إنما ذكره فرقاً بين الكلب والبازي لا غير وذلك صحيح، وإذا أريد الفرق عموماً فالمعتمد هو الأول، إلى هنا لفظه. أقول: ما قاله عذر بارد وتوجيه كاسد، لأن اسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع كما ذكره المصنف فيما مر آنفاً، والظاهر أن المراد بالكلب في المدعي ها هنا هو المعنى العام لكل سبع لا الكلب المخصوص، وإلا يلزم أن يترك بيان حال تعليم سائر السباع بالكلية فالمراد في التعليل أيضا هو الفرق عموماً، والذي يفيد الفرق عموماً هو التعليل الأول دون الثاني، فالمعتمد هو الأول كما ذكر في عامة المعتبرات حتى المبسوط ثم إن بعض الفضلاء بعد أن تنبه لما قاله صاحب العناية من الركاكة قال: ولعل الأولى أن يجاب بأنه لما كانت ذوات الناب كلها

(وعن أبي يوسف رحمه الله) متعلق بقوله فيتناول الكل بعمومه. وقوله: **(ولأن آية تعليمه ترك ما هو مألوفه عادة)**. قيل فيه نظر، لأن هذا الفرق لا يتأتى في الفهد والنمر فإنه متوحش كالبازي، ثم الحكم فيه وفي الكلب سواء فالمعتمد هو الأول، وليس بوارد لأنه إنما ذكره فرقاً بين الكلب والبازي لا غير وذلك صحيح، وإذا أريد الفرق عموماً فالمعتمد هو الأول. وقوله:

(وليس بوارد لأنه إنما ذكره فرقاً بين البازي والكلب) أقول: لا يخفى عليك ما في ذكره من البعد والركاكة، فإن كلا الدليلين لإثبات الفرق بين الكلب والبازي، وإذا عمم الكلب في الأول لسائر ذوات الناب ففي الثاني يكون كذلك، ولعل الأولى أن يجاب بأنه لما كانت ذوات الناب كلها جنساً واحداً وكان أكثر ما يستعمل منها في الصيد ألوفاً مع أن في طبع غيره الإلف أيضاً على ما تراه في الذئب والأسد وغيرهما إذا ربي من صغره في البيت، بخلاف جوارح الطيور جعل الكل في حكم واحد في التعليم: يعني أدير حكم التعليم على جنس الكلب تيسيراً كما في نظائره فليتأمل قال المصنف: **(فيضرب ليتركه)** أقول: فإن قيل: وجوب ترك الأكل لصيرورة الكلب معلماً إنما هو لأن آية التعليم ترك ما هو مألوفه عادة، فلا بد من ملاحظة الدليل الثاني في إتمام الأول فيفوت استقلاله. قلنا: بل يثبت ذلك بقوله تعالى: ﴿فكلوا مما أمسكن﴾ أي لم يأكلن، إذ يعلم منه أن ترك الأكل شرط في حل أكل الصيد فلا تمس الحاجة إلى تلك الملاحظة، وفيه بحث، إذ لا دلالة فيه على كون الإمساك شرطاً للتعليم كما لا يخفى على المتأمل وإلا لعم في الطير قال المصنف: **(كما في مدة الخيار)** أقول: لا ينتهض هذا على مذهبهما.

والذبح لا يحصل بمجرد الآلة إلا بالاستعمال وذلك فيهما بالإرسال فنزل منزلة الرمي وإمرار السكين فلا بد من التسمية عنده، ولو تركه ناسياً حلّ أيضاً على ما بيناه، وحرمة متروك التسمية عامداً في الذبائح، ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية ليتحقق الذكاة الاضطراري وهو الجرح في أيّ موضع كان من البدن بانتساب ما وجد من الآلة إليه بالاستعمال. وفي ظاهر قوله تعالى: ﴿وما علمتم من الجوارح﴾ ما يشير إلى اشتراط الجرح. إذ هو من الجرح بمعنى الجراحة في تأويل فيحمل على الجراح الكاسب بنابه ومخلبه ولا تنافي. وفيه أخذ باليقين. وعن أبي يوسف

جنساً واحداً وكان أكثر ما يستعمل منها في الصيد ألوفاً مع أن في طبع غيره الإلف أيضا على ما تراه في الذئب والأسد وغيرهما إذا ربي من صغره في البيت، بخلاف جوارح الطير جعل الكل في حكم واحد في التعليم: يعني أدير حكم التعليم على جنس الكلب تيسيراً كما في نظائره فليتأمل ا هـ. أقول: ليس هذا أيضا بسديد، إذ بعد ما تقرر أن الفهد والنمر مما لا يتأتى فيه الإلف بل هما متوحشان كالبازي لا يكون جعل أنواع الكلب كلها في حكم واحد، وإدارة حكم التعليل على جنس الكلب من باب التيسير بل يكون من باب التعسير والتشديد بل يلزم إذ ذاك أن يحمل المتوحش على الألوف وهو غير ميسر لا محالة، ثم أقول: بقي شيء في التعليل الأول أيضا وهو أنه قد ذكر في عامة المعتبرات أن شمس الأئمة السرخسي قال ناقلاً عن شيخه شمس الأئمة الحلواني: للفهد خصال ينبغي لكل عاقل أن يأخذ ذلك منه، وعدّ منها أنه لا يتعلم بالضرب، ولكن يضرب الكلب بين يديه إذا أكل من الصيد فيتعلم بذلك، فقد ظهر منه أن تحمل بدن الفهد للضرب لا يجدي شيئاً في حق تعليمه، وقد كان مدار الفرق بين البازي والكلب في التعليل الأول هو أن بدن البازي لا يحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمله، فيرد عليه أن مجرد احتمال بدن الكلب الضرب لا يفيد المدعي في حق الفهد إذ هو غير مؤثر في حق تعليمه فتأمل قوله: **(وفي ظاهر قوله تعالى ﴿وما علمتم من الجوارح﴾ ما يشير إلى اشتراط الجرح إذ هو من الجرح بمعنى الجراحة في تأويل فيحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه ولا تنافي، وفيه أخذ باليقين)** وذلك لأن النص إذا ورد فيه اختلاف المعاني، فإن كان بينهما تناف يثبت أحدهما بدليل يوجب ترجيحه لا الجميع، وإن لم يكن بينهما تناف يثبت الجميع أخذاً بالمتيقن كما في قوله تعالى ﴿ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن﴾ قيل إريد به الحبل، وقيل الحيض، والصحيح أنهما مرادان لأنه لا تنافي بين الكسب والجراحة، كذا في عامة الشروح، قال صاحب الغاية:

(وفي بعض قصص الأخبار) قيل أراد به حكاية موسى مع الخضر عليهما الصلاة والسلام حيث قال في الكرة الثالثة ﴿هذا فراق بيني وبينك﴾ وقوله: **(كما هو أصله في جنسها)** أي أصل أبي حنيفة رحمه الله في جنس المقادير نحو حبس الغريم وحدّ التقادم وتقدير ما غلب في نزح ماء البئر المعينة. وقوله: **(وله أنه آية تعليمه عنده)** أي أن ترك الأكل علامة تعليمه عند الثالث، لأنه إنما يحكم بكونه معلماً بطريق تعيين إمساكه الثالث على صاحبه، وإذا حكمنا أنه يمسكه على صاحبه وقد أخذه بعد إرسال صاحبه فيحل. وقوله: **(فظاهر الرواية)** يريد رواية الزيادات فإن قال: لو قتل الكلب أو البازي الصيد من غير جرح لا يحل، وأشار في الأصل إلى أنه يحل، والفتوى على ظاهر الرواية. وقوله: **(في تأويل)** يعني غير ما أوّلناه أولاً وهو قوله والجوارح الكواسب في تأويل، وذلك ما يكون جارحاً حقيقة بنابه ومخلبه فيحمل على الجارح الكاسب: يعني يجمع في الآية بين التأويلين لعدم التنافي بينهما، وذلك لأن الأصل أن النص إذا أورد وفيه اختلاف المعاني، فإن كان بينهما تناف يحمل

قوله: **(وفيه نظر)** أقول: سبق إلى هذا النظر نظر الإتقاني قوله: **(والجرح التي)** أقول: الظاهر أن يقال والجرح الذي موله: **(والجمع بين الحقيقة والمجاز لا يجوز عندنا الخ)** أقول: ويمكن أن يجاب عن هذا النظر بحمل قوله على الجارح الكاسب على المجاز. أما على طريقة ذكر السبب وإرادة المسبب، فيكون المراد اشتراط الجرح والكسب، أو على طريقة الاستعارة التبعية فيه بأن يشبه الحمل على الجرح المستلزم للكسب لانطواء الأولى على الثاني بدون العكس، ويحتمل أن يجوز المصنف الجمع بين معنيي المشترك في هذه الصورة كما جوز في النفي على ما سيجيء في الوصايا، وعلل هناك بعدم المنافاة أيضاً قال المصنف: **(وهو مؤيد بما روينا)** أقول: جعله

أنه لا يشترط رجوعاً إلى التأويل الأول. وجوابه ما قلنا. قال: **(فإن أكل منه الكلب أو الفهد لم يؤكل وإن أكل منه البازي أكل)** والفرق ما بيناه في دلالة التعليم وهو مؤيد بما روينا من حديث عديّ رضي الله عنه وهو حجة على

فأقول على ما قالوا يلزمه عموم المشترك في موضع الإثبات وهو فاسد انتهى اهـ. وذكره صاحب العناية على وجه البسط والتوسيع حيث قال: وفيه نظر لأن الجرح إما أن يكون مشتركاً بين الكسب والجرح الذي يحصل به الجراحة أو يكون حقيقة في أحدهما مجازاً في الآخر والمشترك لا عموم له والجمع بين الحقيقة والمجاز عندنا لا يجوز بخلاف قوله تعالى ﴿ما خلق الله في أرحامهن﴾ فإنه لفظ عام يتناول الجميع بالتواطؤ، إلى هنا كلامه، أقول: يمكن الجواب عنه بأن مراد المصنف من قوله يحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه أن يجتمع في الاعتبار والعمل بين كلا محتملي النص المذكور من التأويلين لعدم التنافي بينهما وفيه أخذ بالمتيقن إذ يوجد في المجموع كل واحد منهما، فأيّ منهما يراد في النظم الشريف كان مأخوذاً في الاعتبار والعمل، وليس مراده أن كلا التأويلين يرادان معا بلفظ النص المذكور حتى يلزم عموم المشترك في الإثبات أو الجمع بين الحقيقة والمجاز، وصاحب العناية لزعمه أن مرادهم هو الثاني قال في تفسير قول المصنف فيحمل على الجارح الكاسب: يعني يجمع في معنى الآية بين التأويلين، وكان حق التفسير أن يقال: يعني يجمع في الاعتبار والعمل بين التأويلين كما نبهت عليه آنفاً، وقال صاحب معراج الدراية ها هنا: فإن قيل فيه جمع بين الحقيقة والمجاز أو عموم المشترك لأن الجوارح إما أن تكون حقيقة في الكواسب أو مجازاً، قلنا: لا كذلك، بل الجوارح أخص من الكواسب، فلو كان المراد بالكواسب الجوارح لا يلزم ذلك انتهى. أقول: جوابه ليس بسديد، لأن كون الجوارح أخص من الكواسب لا يدفع لزوم المحذور المذكور في السؤال، إذ لا شك أن مفهوم الأخص يغاير مفهوم الأعم وإلا يلزم أن يكون الشيء أخص من نفسه، وهو ظاهر البطلان ولا ريب أن اللفظ الواحد لا يطلق على المعنيين المتغايرين سواء كان أحدهما أخص من الآخر أم لا إلا بطريق الاشتراك أو بطريق الحقيقة والمجاز فيلزم أحد المحذورين المذكورين في السؤال قطعا على تقدير ارادتهما معاً من لفظ واحد قوله: **(وهو مؤيد بما روينا من حديث عديّ)** أقول: في كلامه هذا ركاكة، لأن ضمير هو في قوله وهو مؤيد إن كان راجعاً إلى الفرق كما هو الظاهر من أسلوب تحريره، يرد عليه أن حديث عديّ لا يفيد الفرق المذكور أصلاً، فإنه إنما يدل على أن لا يؤكل ما أكل منه الكلب، ولا يدل على أن يؤكل ما أكل منه البازي، وإفادة الفرق إنما تكون بالدلالة عليهما معاً وإن كان راجعاً إلى مضمون قوله فإن أكل منه الكلب أو الفهد لم يؤكل كان حق قوله: وهو مؤيد بما رويناه من حديث عديّ أن يذكر عقيب قوله فإن أكل منه الكلب أو الفهد لم يؤكل، ولما وسط بينهما قوله وإن أكل منه البازي أكل، وقوله والفرق ما بيناه في دلالة التعليم كان الكلام قلقاً كما لا يخفى قوله: **(وهو حجة على مالك والشافعي في قوله القديم في إباحة ما أكل الكلب منه)** فإن قيل: روى أبو ثعلبة الخشني رضي الله عنه «أنه ﷺ قال له في صيد الكلب: كل وإن أكل منه»[1] وذلك دليل واضح لهما. أجيب

على أحدهما بدليل يوجب الترجيح، وإن لم يكن بينهما تناف يثبت الجميع أخذاً بالمتيقن كما في قوله تعالى: ﴿ولا يحل

مؤيداً لا حجة أخرى لعدم وفائه بتمام المدعي قوله: **(أجيب بأنه خبر واحد لا يعارض قوله تعالى ﴿فكلوا مما أمسكن عليكم﴾ فإن**

---

(١) جيد. أخرجه أبو داود ٢٨٥٢ والبيهقي ٩/ ٢٣٧ كلاهما من حديث أبي ثعلبة «قال: قال رسول الله ﷺ في صيد الكلب: إذا أرسلت كلبك وذكرت اسم الله فكل وإن أكل منه، وكل ما رَدّتْ عليك يداك» قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٣١٢: قال في التنقيح. ابن عبد الهادي. إسناده حسن.
قلت: رجاله كلهم ثقات وسوى داود بن عمر الأزدي، وهو صدوق لكنه يخطىء كما في التقريب.
وقد توبع فقد أخرجه أبو داود ٢٨٥٧ والدارقطني ٤/ ٢٩٤ والبيهقي ٩/ ٢٣٧ كلهم من طريق حبيب المعلم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده «أن رجلاً يقال له أبو ثعلبة. . .» فذكره بأتم من الأول.
ونقل الزيلعي عن ابن عبد الهادي قوله: إسناده صحيح. وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ٢٥٤: إسناده قوي.
قلت: فهذا الطريق يقوي الرواية الأولى، فهو حسن أو صحيح والله تعالى أعلم إلا أن حديث عدي أصح منه.

مالك والشافعي في قوله القديم في إباحة ما أكل الكلب منه **(ولو أنه صاد صيوداً ولم يأكل منها ثم أكل من صيد لا يؤكل هذا الصيد)** لأنه علامة الجهل، ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلماً على اختلاف الروايات كما بيناها في الابتداء. وأما الصيود التي أخذها من قبل فما أكل منها لا تظهر الحرمة فيه لانعدام المحلية وما ليس بمحرز بأن كان في المفازة بأن لم يظفر صاحبه بعد تثبت الحرمة فيه بالاتفاق، وما هو محرز في بيته يحرم عنده خلافاً لهما. هما يقولان إن الأكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم، لأن الحرفة قد تنسى، ولأن فيما أحرزه قد أمضى الحكم فيه

بأنه خبر واحد لا يعارض قوله تعالى ﴿فكلوا مما أمسكن عليكم﴾ فإن الإمساك عليهم أن لا يأكل منه، وحين أكل منه دل أنه أمسك على نفسه، يؤيده قوله عليه الصلاة والسلام وحديث عديّ «فإن أكل منه فلاناً كل لأنه إنما أمسك على نفسه»[1] كذا في العناية أخذاً من النهاية. أقول: يرد على هذا الجواب أن قوله تعالى ﴿فكلوا مما أمسكن عليكم﴾ إنما يدل على إباحة أكل ما لم يأكل منه الكلب، ولا يدل على عدم إباحة أكل ما أكل منه إلا بطريق مفهوم المخالفة، وهو ليس بمعتبر عندنا كما عرف في علم الأصول، فلم يتحقق التعارض بين ذلك الحديث وبين قوله تعالى ﴿فكلوا مما أمسكن عليكم﴾ حتى يلزم أن يترك العلم بالحديث لكونه خبر واحد، لا يقال: يحصل بهذا الجواب إلزام الشافعي لأن مفهوم المخالفة حجة عنده، وهذا القدر كاف في صحة الجواب، لأنا نقول: لا يحصل إلزامه أيضا، لأن من يقول يكون المفهوم حجة لا ينكر أن المنطوق أقوى منه فلا يتحقق حكم التعارض عنده أيضا، والحق عندي في الجواب عن أصل السؤال أن يقال: حديث أبي ثعلبة[2] معارض بحديث عديّ، وحديث عديّ[3] يرجح على المحلل عند التعارض فيجعل ناسخاً له فوجب العمل بحديث عديّ دون حديث أبي ثعلبة قوله: **(ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلماً على اختلاف الروايات كما بيناها في الابتداء)** قال صاحب العناية: أراد ما ذكر أنه يحل عنده ما اصطاده ثالث الخ. أقول: تفسير مراد المصنف بما ذكره هذا الشارح ليس بصحيح، لأن فيما ذكره المصنف قوله يحل عنده ما اصطاده ثالثاً إلخ روايتين لا غير: رواية عند أبي حنيفة وهي حل ما اصطاده ثالثاً، ورواية عند أبي يوسف ومحمد وهي عدم حل ذلك. وقد قال المصنف ها هنا على اختلاف الروايات كما بيناها بصيغة الجمع، فكيف يتصوّر أن يكون مراده ما ذهب إليه الشارح المذكور؟ فالصواب أن مراد المصنف بقوله ها هنا على اختلاف الروايات كما بيناها في الابتداء وهو الإشارة إلى ما ذكره فيما مر بقوله ثم شرط ترك الأكل ثلاثاً وهذا عندهما وهو.

لهنّ أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن﴾ قيل أريد به الحبل، وقيل الحيض، والصحيح أنهما مرادان لأنه لا تنافي ها هنا، وفيه نظر لأن الجرح إما أن يكون مشتركاً بين الكسب والجرح الذي تحصل به الجراحة، أو يكون حقيقة في أحدهما مجازاً

الإمساك الخ) أقول: فيه بحث، فإنه لا دلالة في الآية على النهي عن الأكل على تقدير انتفاء الإمساك، ومفهوم المخالفة غير معتبر فأين المعارضة، والمنطوق أقوى عند المعتبرين للمفهوم فلا يتحقق المعارضة أيضاً قوله: **(أراد ما ذكر أنه يحل عنده ما اصطاده ثالثاً الخ)** أقول: فيه بحث، بل الظاهر أن المراد ثبوت التعليم عنده عند غلبة ظن الصائد أنه معلم. وفي رواية أخرى موافقاً لمذهبهما ثبوته بترك الأكل ثلاث مرات قال المصنف: **(لأن الحرفة لا تنسى)** أقول: فيه بحث.

---

(١) هو المتقدم

(٢) تقدم وسيأتي أيضاً في كتاب الذبائح

(٣) تقدم في أول الباب. وقد رجحه البيهقي في سننه على حديث أبي ثعلبة المتقدم تخريجه وقال: وحديث عدي بن حاتم أصح. ثم إن حديث أبي ثعلبة مخرج في الصحيحين وليس فيه ذكر الأكل اهـ أنظر البيهقي ٩/ ٢٣٨ ـ ٢٣٧. وما أشار إليه البيهقي وهو حديث أبي ثعلبة، وليس فيه لفظ: «كل، وإن أكل» أخرجه البخاري ٥٤٧٨ و ٥٤٨٨ و ٥٤٩٦ ومسلم ١٩٣٠ وأبو داود ٢٨٥٥ والترمذي عقب حديث ١٥٦٠ والنسائي ٧/ ١٨١ وابن ماجه ٣٢٠٧ وابن حبان ٥٨٧٩ وابن الجارود ٩١٦ والبيهقي ٩/ ٢٤٧ ـ ٢٤٨ والبغوي ٢٧٧١ كلهم من حديث أبي ثعلبة الخشني. وله قصة.
الخلاصة: فحديث عدي يقدم على ما تفرد به أبو داود في حديث أبي ثعلبة، وفيه ذكر: «كل وإن أكل» فهذا مرجوح لأن رواية الجماعة ليس فيها ذلك كما تبين والله أعلم.

بالاجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله، لأن المقصود قد حصل بالأول، بخلاف غير المحرز لأنه ما حصل المقصود من كل وجه لبقائه صيدا من وجه لعدم الإحراز فحرمناه احتياطا، وله أنه آية جهله من الابتداء، لأن الحرفة لا ينسى أصلها، فإذا أكل تبين أنه كان ترك الأكل للشبع لا للعلم، وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لأنه بالأكل فصار كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء **(ولو أن صقراً فرّ من صاحبه فمكث حيناً ثم صاد لا يؤكل صيده)** لأنه ترك ما صار به عالماً فيحكم بجهله كالكلب إذا أكل من الصيد **(ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم يأكل منه أكل)** لأنه ممسك للصيد عليه وهذا من غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وأمسك عليه ما يصلح له **(ولو أخذ الصيد من المعلم ثم قطع منه قطعة وألقاها إليه فأكلها يؤكل ما بقي)** لأنه لم يبق صيدا فصار كما إذا ألقى إليه طعاماً غيره، وكذا إذا وثب الكلب فأخذه منه وأكل منه لأنه ما أكل من الصيد، والشرط ترك الأكل من الصيد فصار كما إذا افترس شاته، بخلاف ما إذا فعل ذلك قبل أن يحرزه المالك لأنه بقيت فيه جهة الصيدية **(ولو نهس الصيد فقطع منه بضعة فأكلها ثم أدرك الصيد فقتله ولم يأكل منه لم يؤكل)** لأنه صيد كلب جاهل حيث أكل من الصيد **(ولو ألقى ما نهسه واتبع الصيد فقتله ولم يأكل منه وأخذه صاحبه ثم مرّ بتلك البضعة فأكلها يؤكل الصيد)** لأنه لو أكل من نفس الصيد في هذه الحالة لم يضرّه، فإذا أكل ما بان منه وهو لا يحل لصاحبه أولى، بخلاف الوجه الأول لأنه أكل في حالة الاصطياد فكان جاهلاً ممسكاً لنفسه، ولأن نهس البضعة قد يكون ليأكلها وقد يكون حيلة في الاصطياد ليضعف بقطع القطعة منه فيدركه، فالأكل قبل الأخذ يدل على الوجه الأول، وبعده على الوجه الثاني فلا يدل على

رواية عن أبي حنيفة إلى آخر ما ذكره في تلك المسألة، فحينئذ تتحقق الروايات وتنتظم صيغة الجمع كما لا يخفى قوله: **(هما يقولان إن الأكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم لأن الحرفة قد تنسى)** أقول: الظاهر مما ذكره بعد هذا بقوله ولأن فيما أحرزه الخ أن يكون المذكور ها هنا دليلاً تاماً لهما، فيرد عليه أنه لو تم لدل على أن لا تثبت الحرمة عندهما فيما كان غير محرز في المفازة أيضاً لجريان هذا الدليل في ذلك أيضا مع أنه تثبت الحرمة فيه بالاتفاق كما صرح به المصنف من قبل فتأمل قوله: **(وكذا إذا وثب الكلب فأخذه منه وأكل منه ما أكل من الصيد، والشرط ترك الأكل من الصيد فصار كما إذا افترس شاته)** قال صاحب العناية: وطولب بالفرق بين ما وثب فأخذ من صاحبه وأكل وبين ما أكل بعد ما قتل، فإن الصيد كما خرج عن الصيدية بأخذ صاحبه جاز أن يخرج أيضاً بقتله. وأجيب بأنه إذا لم يتعرض بالأكل حتى أخذه صاحبه دل أنه كان ممسكاً على صاحبه وانتهاسه منه، ومن لحم آخر في مخلاة صاحبه سواء، وأما إذا أكل قبل الأخذ كان ممسكاً على نفسه انتهى كلامه. أقول: هذا الجواب لا يدفع المطالبة المذكورة لأن حاصلها نقض ما ذكره المصنف في تعليل مسألة الوثبة من أنه ما أكل من الصيد بما إذا أكل بعد ما قتل، فإن ذلك التعليل متمش في صورة القتل أيضا، إذ الصيد كما يخرج عن الصيدية بأخذ صاحبه تخريج أيضا بقتله، فلم يتحقق الأكل من الصيد في الصورتين معاً مع أنهما مفترقان في الحكم. وحاصل الجواب المذكور بيان فرق بينهما من جهة أخرى غير ما ذكره المصنف في التعليل، ولا يذهب عليك أن ذلك لا يدفع ورود المطالبة المذكورة على ما ذكره المصنف في التعليل، ولقد أحسن صاحب النهاية ها هنا في التقرير حيث قال: فوجه الفرق

في الآخر، والمشترك لا عموم له والجمع بين الحقيقة والمجاز عندنا لا يجوز، بخلاف قوله تعالى: ﴿ما خلق الله في أرحامهن﴾ فإنه لفظ عام يتناول الجميع بالتواطؤ وقوله: **(وفيه)** أي في الجارح الكاسب أخذ باليقين. وقوله: **(رجوعاً إلى التأويل الأول)** يعني ما سبق من الكواسب. وقوله: **(وجوابه ما قلنا)** يعني قوله لا منافاة بينهما، وفيه أخذ باليقين. وقوله: **(وهو حجة على مالك والشافعي رحمهما الله في قوله القديم في إباحة ما أكل الكلب منه)** يعني حديث عديّ رضي الله عنه.

فإن قيل: روى أبو ثعلبة الخشني رضي الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام قال له في صيد الكلب: «كل وإن أكل منه» وذلك دليل واضح لهما أجيب، بأنه خبر واحد لا يعارض قوله تعالى: ﴿فكلوا مما أمسكن عليكم﴾ فإن الإمساك عليهم أن لا يأكل

جهله. قال: **(وإن أدرك المرسل الصيد حياً وجب عليه أن يذكيه، وإن ترك تذكيته حتى مات لم يؤكل، وكذا البازي والسهم)** لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل، إذ المقصود هو الإباحة ولم تثبت قبل موته فبطل حكم البدل، وهذا إذا تمكن من ذبحه. أما إذا وقع في يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحياة فوق ما يكون في المذبوح لم يؤكل في ظاهر الرواية. وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه يحلّ وهو قول الشافعي، لأنه لم يقدر على الأصل فصار كما إذا رأى الماء ولم يقدر على الاستعمال. ووجه الظاهر أنه قدر اعتباراً لأنه ثبت يده على المذبح وهو قائم مقام التمكن من الذبح، إذ لا يمكن اعتباره لأنه لا بد له من مدة والناس يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في أمر الذبح فأدير الحكم على ما ذكرنا، بخلاف ما إذا بقي فيه من الحياة مثل ما يبقى في المذبوح لأنه ميت حكماً، ألا ترى أنه لو وقع في الماء وهو بهذه الحالة لم يحرم كما إذا وقع وهو ميت والميت ليس بمذبح. وفصل بعضهم فيها تفصيلاً وهو أنه إن لم يتمكن لفقد الآلة لم يؤكل. وإن لم يتمكن بضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافاً للشافعي، لأنه إذا وقع في يده لم يبق صيداً فبطل حكم ذكاة الاضطرار، وهذا إذا كان يتوهم بقاؤه،

بين هذا وبين ما إذا أكل الكلب من الصيد بعد أن قتله قبل أن يأخذ الصائد حيث لا يؤكل، وفي هذه الصورة وهي ما أكل منه بالوثبة بعد أخذ الصائد يؤكل، وتعليل الكتاب ها هنا بقوله لأن ما أكل من الصيد شامل للصورتين ومع ذلك افترقتا في الحكم، والأوجه فيه هو أن الفرق إنما ينشأ بينهما من حيث وجود الإمساك لصاحبه وعدم الإمساك له، فها هنا أي في مسألة الوثبة لما لم يأكل من الصيد إلى أن أخذه صاحبه قد تم إمساكه على صاحبه. وهناك لما أكل من الصيد بعد قتله قبل أن يأخذه صاحبه علم أنه إنما أمسكه لنفسه لا لصاحبه فخرج به من أن يكون معلماً انتهى. فإنه طعن في التعليل المذكور في الكتاب بشموله للصورتين مع افتراقهما في الحكم، وبين وجهاً آخر فارقاً بينهما وعدّه أوجه لكونه سالماً عن ورود المطالبة بالفرق بينهما. ثم أقول: التحقيق أن المطالبة بالفرق بين تينك المسألتين ساقطة عما ذكر في الكتاب أيضا، لأن المصنف تدارك دفعها بقوله لخلاف ما إذا فعل ذلك قبل أن يحرزه المالك لأن بقيت فيه جهة الصيدية، فإن وجه بقاء الصيدية فيه على ما صرح به الشارح هو أن الصيد اسم لمتوحش غير محرز فقد زال التوحش بالقتل وبقي عدم الإحراز قبل أن يحرزه المالك، فما بقي شيء من آثار الصيد ولوازمه يبقى حكم الصيدية فيه، فظهر الفرق بين مسألة الوثبة وبين ما إذا أكله بعد أن قتله قبل أن يأخذه الصائد، تأمل ترشد قوله: **(وإن أدرك المرسل الصيد حياً وجب عليه أن يذكيه، وإن ترك تذكيته حتى مات لم يؤكل، وكذا البازي والسهم)** اعلم أن قوله وإن أدرك المرسل إلى قوله حتى مات لم يؤكل عبارة القدوري في مختصره، وقوله وكذا البازي والسهم زيادة من المصنف. فأقول: هذه الزيادة من المصنف ها هنا أمر زائد مستغنى عنه جداً عندي، أما قوله وكذا البازي فظاهر لأن قول القدوري وإن أدرك المرسل الصيد حياً يتناول صيد الكلب وصيد البازي، وليس فيه شيء يقتضي اختصاصه بالأول فلا حاجة إلى ذكر قوله وكذا البازي بلّ لا وجه له، وأما قوله والسهم فلأن حكم مسألة السهم سيجيء في باب الرمي مفصلاً، ألا يرى إلى قوله هناك: وإذا سمى الرجل عند الرمي أكل ما أصاب إذا

منه، وحين أكل منه دل على أنه أمسك على نفسه، يؤيده قوله عليه الصلاة والسلام في حديث عديّ «فإن أكل منه فلا تأكل لأنه إنما أمسك على نفسه» وقوله: **(على اختلاف الروايات كما بيناها ابتداء)** أراد ما ذكر أنه يحل عنده ما اصطاده ثالثاً الخ، وقوله: **(وأما الصيود التي أخذها من قبل)** واضح، وحاصل ذلك في المحرز الذي لم يؤكل أن أبا حنيفة يحكم بجهله مسنداً، وهما يقولان بالاقتصار على ما أكل، لأن ما أحرزه المالك حكم بإباحته باجتهاد وقد حصل المقصود به وهو الإحراز فلا ينقض باجتهاد آخر مثله بعده، والجواب ما قال، وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لأن المقصود هو الأكل، ومثل ذلك ينقض باجتهاد آخر كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء. وما قال أبو حنيفة أقرب إلى الاحتياط وعليه مبنى الحل والحرمة، ولم

قوله: **(أو خفية)** أقول: المراد بالحياة الخفية ما هو فوق حياة المذبوح لا ما هو مثلها أو دونها، وإلا لا تجب الذكاة كما يجيء.

أما إذا شق بطنه وأخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه حلّ، لأن ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما إذا وقعت شاة في الماء بعد ما ذبحت. وقيل هذا قولهما، أما عند أبي حنيفة فلا يؤكل أيضاً لأنه وقع في يده حياً فلا يحل إلا بذكاة الاختيار ردّ إلى المتردية على ما نذكره إن شاء الله تعالى هذا الذي ذكرنا إذا ترك التذكية، فلو أنه ذكاه حلّ أكله عند أبي حنيفة. وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة والذي يبقر الذئب بطنه وفيه حياة خفية أو بينة، وعليه الفتوى لقوله تعالى ﴿إلا ما ذكيتم﴾ استثناه مطلقاً من غير فصل. وعند أبي يوسف إذا كان بحال لا يعيش مثله لا يحلّ لأنه لم يكن موته بالذبح. وقال محمد: إن كان يعيش فوق ما يعيش المذبوح يحلّ وإلا فلا لأنه لا معتبر بهذه الحياة

خرج السهم فمات. وإن أدركه حيا ذكاه انتهى، فلا حاجة إلى بيانه ها هنا قوله: (**وقال محمد: إن كان يعيش فوق ما يعيش المذبوح يحل، وإلا فلا لأنه لا معتبر بهذه الحياة على ما قررناه**) قال صاحب النهاية والكفاية: أراد بقوله ما قررناه قوله لأن ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر، وقال صاحب الغاية والعناية: أشار بذلك إلى قوله لأنه ميت حكماً. أقول: الحق ما قاله الشارحان الأخيران، لأن قوله لأن ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر تعليل لحكم أكل ما شق بطنه وأخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه، ولم يفرق أحد في تلك الصورة بين ما يعيش فوق ما يعيش المذبوح وبين ما لا يعيش فوق ذلك، بل جعلوا كليهما مما بقى فيه اضطراب المذبوح، وفيما نحن فيه فرق محمد بينهما، قوله لأنه لا معتبر بهذه الحياة تعليل لحكم أحدهما وهو ما لا يعيش فوق ما يعيش المذبوح، فكيف يتم أن يريد بقوله في ذيل هذا التعليل على ما قررناه ما يعمهما معاً، بخلاف قوله لأنه ميت حكماً لأنه تعليل لحل ما بقي فيه من الحياة مثل ما بقي في المذبوح لا فوق ما يبقى في المذبوح وما لا يبقى فيه من الحياة فوق ما يبقى في المذبوح مما لا يعيش المذبوح فتنتظم الإشارة إليه ها هنا بقوله على ما قررناه تدبر تفهم قوله: (**ووجهه أن الفعل يرفع بما هو فوقه أو مثله كما في نسخ الآي والزجر دون الإرسال لكونه بناء عليه**) قال بعض الفضلاء: لك أن

يذكر ما إذا باع شيئاً من صوده المقدرة والحكم فيه كالذي فيه الخلاف إذا تصادق البائع والمشتري على جهالة الكلب. وقوله: (**ولو أن صقراً فرّ من صاحبه فمكث حيناً ثم صاد**) يعني بعد ما رجع إلى صاحبه لم يؤكل، وأما قبل الرجوع إليه فلا شبهة في حرمة ما صاده لانتفاء الإرسال، ومسألة الوثبة في الكتاب معلومة، وطولب بالفرق بين ما وثب فأخذ من صاحبه وأكل وبين ما أكل بعد ما قتل، فإن الصيد كما خرج عن الصيدية بأخذ صاحبه جاز أن يخرج أيضاً بقتله، وأجيب بأنه إذا لم يتعرض بالأكل حتى أخذه صاحبه دل أنه كان ممسكاً على صاحبه وانتهاسه منه ومن لحم آخر في خلاة صاحبه سواء، وأما إذا أكل قبل الأخذ فقد كان ممسكاً على نفسه. قال: (**وإن أدرك المرسل الصيد حياً وجب عليه الخ**) المرسل إن أدرك الصيد حياً فلا يخلو إما أن تمكن من ذبحه أو لا، فإن تمكن من ذبحه ولم يذبح حتى مات لم يؤكل سواء كانت الحياة فيه بينة أو خفية، وإن ذبح حلّ في قول أصحابنا جميعاً، وكذلك حكم البازي والسهم، وذلك لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل لأن المقصود بالبدل إباحة الأكل ولم يثبت قبل موته والقدرة على الأصل قبل ذلك تبطل البدل وإن لم يتمكن من ذبحه لعدم الآلة أو ضيق الوقت، فإما أن يكون فيه من الحياة فوق ما يكون في المذبوح أو لا، فإن كان لم يؤكل في ظاهر الرواية. وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه يؤكل وهو قول الشافعي رحمه الله لأنه لم يقدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل إذ الفرض أنه لم يتمكن من الذبح فصار كمن رأى الماء ولم يقدر على الاستعمال. ووجه ظاهر الرواية أنه إن لم يقدر حقيقة فقد قدر اعتباراً لأنه تثبت يده على المذبوح وهو قائم مقام التمكن من الذبح، إذ لا يمكن اعتباره: أي اعتبار التمكن من الذبح لأنه لا بد له من مدة والناس يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في أمر الذبح فمنهم من يتمكن في ساعة، ومنهم من لا يتمكن في أكثر. وما كان كذلك لا يدار الحكم عليه لعدم انضباطه فأدير على ما ذكرناه من ثبوت اليد على المذبح، وإن لم تكن الحياة فيه فوق ما تكون في المذبوح بل كانت بمقدار ما يكون فيه ولم يذبح حتى مات أكل لأنه ميت حكماً؛ ألا ترى أنه لو وقع في الماء وهو بهذه الصفة لا يحرم كما إذا وقع وهو ميت، والميت ليس بمذبح: أي ليس بمحل للذبح فلم تثبت يده على الذبح ليقام مقام التمكن من الذبح، وفصل بعض المشايخ فيما إذا كانت الحياة فيه فوق ما

على ما قرّرناه. **(ولو أدركه ولم يأخذه، فإن كان في وقت لو أخذه أمكنه ذبحه لم يؤكل)** لأنه صار في حكم المقدور عليه **(وإن كان لا يمكنه ذبحه أكل)** لأن اليد لم تثبت به والتمكن من الذبح لم يوجد **(وإن أدركه فذكاه حل له)** لأنه إن كان فيه حياة مستقرة فالذكاة وقعت موقعها بالإجماع، وإن لم يكن فيه حياة مستقرة؛ فعند أبي حنيفة رحمه الله ذكاته الذبح على ما ذكرناه وقد وجد، وعندهما لا يحتاج إلى الذبح **(وإذا أرسل كلبه المعلم على صيد وأخذ غيره حل)** وقال مالك: لا يحل لأنه أخذه وقد وجد، وعندهما لا يحتاج إلى الذبح **(وإذا أرسل كلبه المعلم على صيد وأخذ غيره حل)** وقال مالك: لا يحل لأنه أخذه بغير إرسال، إذ الإرسال مختص بالمشار إليه. ولنا أنه شرط غير مفيد، لأن مقصوده حصول الصيد إذ لا يقدر على الوفاء به، إذ لا يمكنه تعليمه على وجه يأخذ ما عينه فسقط اعتباره **(ولو أرسله على صيد كثير وسمى مرة واحدة حالة الإرسال، فلو قتل الكل يحل بهذه التسمية الواحدة)** لأن الذبح يقع بالإرسال على ما بيناه. ولهذا تشترط التسمية عنده والفعل واحد فيكفيه تسمية واحدة، بخلاف ذبح الشاتين بتسمية واحدة. لأن الثانية تصير مذبوحة بفعل غير الأول فلا بد من تسمية أخرى. حتى لو أضجع إحداهما فوق الأخرى وذبحهما بمرة واحدة تحلان بتسمية واحدة **(ومن أرسل فهداً فكمن حتى يستمكن ثم أخذ الصيد فقتله يؤكل)** لأن مكثه ذلك حيلة منه للصيد لا استراحة فلا يقطع الإرسال **(وكذا الكلب إذا اعتاد عادته. ولو أخذ الكلب صيدا فقتله ثم أخذ فقتله وقد أرسله صاحبه أكلا جميعا)** لأن الإرسال قائم لم ينقطع وهو بمنزلة ما لو رمى سهماً إلى صيد فأصابه وأصاب آخر **(ولو قتل الأول فجثم عليه طويلا من النهار ثم مرّ به صيد آخر فقتله لا يؤكل الثاني)** لانقطاع الإرسال بمكثه. إذا لم يكن ذلك حيلة منه للأخذ وإنما كان استراحة، بخلاف ما تقدم **(ولو أرسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شيء ثم اتبع الصيد فأخذه وقتله فإنه يؤكل)** وهذا إذا لم يمكث زماناً طويلاً للاستراحة،

تقول: لا تمس الحاجة إلى الرفع بل تكفي المشاركة في إثبات الحرمة أوشبهها انتهى. أقول: ليس هذا بوارد لأن الإرسال أصل والزجر تبع، والتبع لا يعد مشاركاً للأصل في ترتب الحكم، وقد أشار إليه المصنف في تعليل المسألة السابقة حيث قال: لأن فعل الثاني أثر في الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد به طلباً فكان تبعاً لفعله لأنه بناء عليه فلا يضاف الأخذ إلى التبع انتهى. ولئن سلم مشاركة الزجر للإرسال فلا نسلم كفاية مجرد المشاركة في إثبات الحرمة أو شبهها بل لا بد من أن يكون اللاحق وهو الزجر ها هنا أقوى من السابق أو مساوياً له حتى يرفع به السابق. وأما إذا كان أدنى منه فلا تأثير له في الحكم وقد أشار إليه المصنف في تعليل المسألة اللاحقة حيث قال: لأن الزجر دون الإرسال ولهذا لم تثبت به شبهة الحرمة، فأولى أن لا يثبت به الحل انتهى. قال في العناية: ونوقض بالمحرم إذا زجر كلب حلال فإنه يجب عليه الجزاء. وأجيب بأن الجزاء في المحرم بدلالة النص فإنه أوجب عليه الجزاء بما هو دونه وهو الدلالة فوجب بالزجر بطريق الأولى انتهى. أقول: لقائل أن يقول: هذا الجواب لا يدفع النقض المذكور بل يقوّيه، فإنه إذ ثبت بدلالة النص وجوب الجزاء على المحرم إذا زجر كلب حلال عند إرساله تقرر أن ينتقض به الأصل الذي ذكروه من عدم اعتبار الزجر عند الإرسال لكون الزجر دون الإرسال. ويمكن أن يقال: المراد من الجواب المذكور أن الأصل الذي ذكروه إنما هو على موجب القياس،

تكون في المذبوح فقال: إن كان عدم التمكن لفقد الآلة لم يؤكل لأنه مفرط، وإن كان لضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافاً للشافعي والحسن بن زياد ومحمد بن مقاتل قالوا: لم يقدر على الأصل ولم يفرط فكان حلالاً، وقلنا: وقع في يده وهو حيّ حقيقة وحكماً فلم يبق صيداً فبطل حكم ذكاة الاضطرار، فإن قيل: وضع المسألة فيما تكون الحياة فيه فوق ما تكون في المذبوح فكيف يتصوّر ضيق الوقت عن الذبح؟ أجيب بأن المقدار الذي يكون في المذبوح بمنزلة العدم لكون الصيد في حكم الميت، والزائد على ذلك قد لا يسع الذبح فكان عدم التمكن متصوراً (وهذا) أي ما ذكرنا من إقامة ثبوت اليد مقام التمكن حتى لا يحل بدون الذكاة فيما إذا كان بقاؤه متوهماً. أما إذا شق الكلب المعلم بطنه وأخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه ولم يدركه حل، لأن ما بقي اضطراب مذبوح فلا يعتبر كما إذا وقعت شاة في الماء بعد ما ذبحت (وقيل) هو قول أبي بكر الرازي

وإنما مكث ساعة للتكمين لما بيناه في الكلب **(ولو أن بازيا معلما أخذ صيداً فقتله ولا يدري أرسله إنسان أم لا يؤكل)** لوقوع الشك في الإرسال، ولا تثبت الإباحة بدونه. قال: **(وإن خنقة الكلب لم يجرحه لم يؤكل)** لأن الجرح شرط على ظاهر الرواية على ما ذكرناه، وهذا يدلك على أنه لا يحل بالكسر. وعن أبي حنيفة أنه إذا كسر عضواً فقتله لا بأس بأكله لأنه جراحة باطنه فهي كالجراحة الظاهرة. وجه الأول أن المعتبر جرح ينتهض سبباً لإنهار الدم ولا يحصل ذلك فأشبه التخنيق. قال: **(وإن شاركه كلب غير معلم أو كلب مجوسي أو كلب لم يذكر اسم الله عليه يريد به عمداً لم يؤكل)** لما روينا في حديث عدّي رضي الله عنه[1]، ولأنه اجتمع المبيح والمحرم فيغلب جهة الحرمة نصاً[2] أو احتياطاً **(ولو ردّه عليه الكلب الثاني ولم يجرحه معه ومات بجرح الأول يكره أكله)** لوجود المشاركة في الأخذ وفقدها في الجرح. وهذا بخلاف ما إذا ردّه المجوسي بنفسه حيث لا يكره، لأن فعل المجوسي ليس من جنس فعل الكلب فلا تتحقق المشاركة وتتحقق بين فعلي الكلبين لوجود المجانسة **(ولو لم يردّه الكلب الثاني على الأول لكنه أشد على الأول حتى اشتد على الصيد فأخذه وقتله لا بأس بأكله)** لأن فعل الثاني أثر في الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد به طلبا فكان تبعاً لفعله لأنه بناء عليه فلا يضاف الأخذ إلى التبع، بخلاف ما إذا كان رده عليه لأنه لم يصر تبعاً فيضاف إليهما. قال: **(وإذا أرسل المسلم كلبه فزجره مجوسي فانزجر بزجره فلا بأس بصيده)** والمراد بالزجر الإغراء بالصياح عليه، وبالانزجار إظهار زيادة الطلب. ووجهة أن الفعل يرفع بما هو فوقه أو مثله كما في نسخ الآي، والزجر دون الإرسال لكونه بناء عليه. قال: **(ولو أرسله مجوسي فزجره مسلم فانزجر بزجره لم يؤكل)** لأن الزجر دون الإرسال ولهذا لم تثبت به شبهة الحرمة فأولى أن لا يثبت به الحل، وكل من لا تجوز ذكاته كالمرتدّ والمحرم وتارك التسمية عامداً في هذا بمنزلة المجوسي **(وإن لم يرسله أحد فزجره مسلم فانزجر فأخذ الصيد فلا بأس بأكله)** لأن الزجر مثل الانفلات، لأنه إن كان دونه من حيث أنه بناء عليه فهو فوقه من حيث

ووجوب الجزاء على المحرم في الصورة المذكورة إنما ثبت بدلالة النص على خلاف القياس بناء على أن القياس يترك بالنص، وهذا لا يقدح في كلية الأصل المذكور المبني على القياس تفكر قوله: **(وإن لم يرسله أحد فزجره مسلم فانزجر وأخذ الصيد فلا بأس بأكله لأن الزجر مثل الانفلات)** قال جمهور الشراح: يعني من حيث أن كل واحد غير مشروط في حل الصيد، بخلاف الإرسال انتهى. أقول: ليس هذا الشرح بسديد عندي، إذ لم يكن الكلام فيما

(هذا قولهما. أما عند أبي حنيفة رحمه الله فلا يؤكل هذا أيضاً لأنه وقع في يده حياً فلا يحل إلا بذكاة الاختيار رداً إلى المتردية) أي اعتباراً بها **(هذا الذي ذكرنا)** أنه لا يؤكل عنده إذا شق بطنه وأخرج ما فيه إذا ترك التذكية، فأما إذا ذكاه فقد حلّ أكله عنده رحمه الله، وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة والذي بقر أي شق **(الذئب بطنه وفيه حياة خفية أو بينة)** إذا ذبح حل عنده **(وعليه الفتوى لقوله تعالى: ﴿إلا ما ذكيتم﴾ استثناه مطلقاً من غير فصل)** وعند أبي يوسف لا بدّ من حياة بينة وهي أن يكون بحال يعيش مثله، فأما إذ لم يكن كذلك فلا يحل أكله لأنه لم يكن موته بالذبح، وقال محمد: لا بد من حياة بينة وهو أن يكون بحال يعيش فوق ما يعيش المذبوح، فإن كان كذلك حلّ أكله وإلا فلا **(لأنه لا معتبر بهذه الحياة على ما قررناه)** إشارة إلى قوله لأنه ميت حكماً، وقيل إلى قوله لأن ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر وقوله: **(ولو أدركه ولم يأخذه)** يريد أن المسائل المتقدمة كانت فيما أخذه الصائد وها هنا أدركه ولم يأخذه. وقوله: **(على ما ذكرناه)** إشارة إلى قوله لأنه وقع في يده حياً. قوله: **(وإذا أرسل كلبه المعلم على صيد)** يعني صيداً معيناً **(فأخذه غيره حل)** يعني ما دام في وجه إرساله. وقوله:

---

(١) تقدم مستوفياً في أول الباب.

(٢) قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٣١٤. كأنه يشير إلى حديث: «ما اجتمع الحلال والحرام إلا وغلب الحرام الحلال» وهذا رواه عبد الرزاق عن ابن مسعود موقوفاً.

قال البيهقي: وفيه جابر الجعفي، وهو ضعيف والشعبي عن ابن مسعود منقطع اهـ.

وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ٢٥٤: لم أجده مرفوعاً. والموقوف ضعيف، ومنقطع.

أنه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخاً (**ولو أرسل المسلم كلبه على صيد وسمى فأدركه فضربه ووقذه ثم ضربه فقتله أكل، وكذا إذا أرسل كلبين فوقذه أحدهما ثم قتله الآخر أكل**) لأن الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل عفواً (**ولو أرسل رجلان كل واحد منهما كلباً فوقذه أحدهما وقتله الآخر أكل**) لما بينا (**والملك للأول**) لأن الأول أخرجه عن حد الصيدية إلاّ أن الإرسال من الثاني حصل على الصيد، والمعتبر في الإباحة والحرمة حالة الإرسال فلم يحرم، بخلاف ما إذا كان الإرسال من الثاني بعد الخروج عن الصيدية بجرح الكلب الأول.

سبق في كون الغير المشروط في حل الصيد مرفوعاً بما هو مشروط في حله أو بما هو مثله، بل كان الكلام في كون الفعل مرفوعاً بما هو فوقه في القوة أو بما هو مثله فيها كما في نسخ الآي، فالوجه ها هنا أن يقال: يعني أن الزجر مثل الانفلات في القوّة والضعف، وتعليل المصنف أياه بقوله لأنه إن كان دونه من حيث أنه بناء عليه فهو فوقه من حيث أنه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخاً بمنزلة الصريح فيما قلناه تبصر.

(**ولنا أنه**) أي شرط التعيين (**شرط غير مفيد لأن مقصوده حصول الصيد**) والجميع بالنسبة إلى هذا المقصود سواء. فإن قيل: قد يكون مقصوده صيداً معيناً. أجيب بأنه متعذر، إذ لا يقدر الصائد أوالكلب على الوفاء بذلك حيث لا يمكن تعليمه على وجه يأخذ ما عينه فسقط اعتباره. وقوله: (**على ما بيناه**) يعني في أوائل كتاب الذبائح حيث قال: تشترط عند الإرسالة والرمي. وقوله: (**ولهذا تشترط التسمية عنده**) أي عند الإرسال، وقوله: (**فيغلب جانب الحرمة نصاً**) أي بالنص وهو قوله ﷺ «**ما اجتمع الحلال والحرام إلا وقد غلب الحرام الحلال**». وها هنا ثلاثة فصول: أحدها ما اشترك فيه الكلبان في الأخذ والجرح، وفيه الحرمة لما بيناه، والثاني ما اشتركا فيه في الأخذ دون الجرح، وفيه الكراهة لأن جهة الحل أرجح، لأن المعلم تفرد بالجرح. والثالث ما لم يشتركا في شيء لكن الثاني أشد: أي حمل على الأول حتى اشتد على الصيد، وفيه الإباحة لأن الثاني لم يشارك الأول في شيء من الصيد، وإنما أثر في الكلب المرسل دون الصيد فكان فعله تبعاً لفعل الأول لأنه بناء عليه فلا يضاف الأخذ إلى التبع. قال: (**وإذا أرسل المسلم الخ**) الأصل في هذا أن الفعل يرفع بالأقوى والمساوي دون الأدنى، فإذا أرسل المسلم كلبه وزجره: أي أغراه المجوسي حل أكله لعدم اعتبار الزجر عند الإرسال لكون الزجر دونه لبنائه عليه. ونوقض بالمحرم إذا زجر كلب حلال فإنه يجب عليه الجزاء. وأجيب بأن الجزاء في المحرم بدلالة النص فإنه أوجب عليه الجزاء بما هو دونه وهو الدلالة فوجب بالزجر بطريق الأولى (**وإذا أرسله مجوسي فزجره مسلم فانزجر لم يؤكل كذلك ولهذا**) أي ولأن الزجر دون الإرسال (**لم يثبت به**) أي بالزجر (**شبهة الحرمة**) يعني في الصورة الأولى مع أن الحرمة أسرع ثبوتاً لغلبة الحرمة على الحل دائماً فأولى أن لا يثبت به الحل: يعني يزجر المسلم. وقوله: (**لأن الزجر مثل الانفلات**) يعني من حيث أن كل واحد غير مشروط في حل الصيد بخلاف الإرسالة. وقوله: (**لأنه إن كان دونه**) يعني أن الانزجار إن كان دون الانفلات من حيث كونه بناء عليه فهو فوقه من حيث كونه فعل المكلف فاستويا فصلح الزجر ناسخاً وهو متأخر فيجعل ناسخاً. وقوله: (**وقذه**) أي جرحه جراحة أثخنته. وقوله: (**لأن الامتناع عن الجرح بعد الجرح**) دليل المسألة، وهو يشير إلى الجواب عما يقال الضربة الثانية التي قتل الكلب بها الصيد إنما حصلت بعد الإثخان الذي أخرجه من الصيدية، فكان الواجب أن لا يحل أكله لأن الصيد بعد الإثخان ملحق بالدواجن فيحل بالذبح لا بضرب الكلب. وجوابه أنه تعذر رفعه، وما تعذر رفعه تقرّر عفوه. وقوله: (**بجرح الكلب الأول**) يعني أنه لا يؤكل لأن الصيد بعد أن خرج عن الصيدية كانت ذكاته بعد الذبح في المذبح. لا يجرح الكلب فجرح الكلب في مثله يوجب الحرمة، ولما اجتمع فيه الموجب للحل والحرمة غلب الحرمة، والله أعلم.

قال المصنف: (**ووجهه أن الفعل يرفع بما هو فوقه أو مثله**) أقول: لك أن تقول: لا تمس الحاجة إلى الرفع، بل تكفي المشاركة في إثبات الحرمة أو شبهها قوله: (**ونوقض بالمحرم إذا زجر كلب حلال فإنه يجب عليه الجزاء**) أقول: ولو لم يعتبر الزجر لم يجب الجزاء.

فصل في الرمي

(ومن سمع حساً ظنه حس فرماه أو أرسل كلبا أو بازيا عليه فأصاب صيداً. ثم تبين أنه حس صيد حلّ المصاب) أيّ صيد كان لأنه قصد الاصطياد. وعن أبي يوسف أنه خص من ذلك الخنزير لتغليظ التحريم؛ ألا ترى أنه لا تثبت الإباحة في شيء منه، بخلاف السباع لأنه يؤثر في جلدها. وزفر خص منها ما لا يؤكل لحمه لأن

فصل في الرمي

لما فرغ من بيان حكم الآلة الحيوانية شرع في بيان حكم الآلة الجمادية، وقد مر وجه تقديم الأول، قوله: **(والظبي الموثق بمنزلته)** قال أكثر الشراح منهم صاحب العناية: أي بمنزلة الآدمي. أقول: هذا التفسير ليس بجيد، إذ الظاهر أن الظبي الموثق بمنزلة الحيوان الأهلي دون الآدمي، إذ لا مناسبة بين الإنسان والحيوان، بخلاف الحيوانين، فإن قلت: المراد بكون الظبي الموثق بمنزلة الآدمي مجرد كونه غير صيد كالآدمي لا الاشتراك في جميع الأوصاف فلا محذور في جعله بمنزلة الآدمي. قلت: لو كان مراد المصنف هذا المعنى لقال: والطير الداجن الذي يأوي البيوت والظبي الموثق بمنزلته، إذ لا فرق بينهما في مجرد كونهما غير صيد، ولما فصل بينهما فقال والطير الداجن الذي يأوي البيوت أهلي والظبي الموثق بمنزلته علم أن المراد ليس مجرد أن لا يكون صيداً بل الاشتراك في

فصل في الرمي

لما فرغ من بيان حكم الآلة الحيوانية شرع في بيان حكم الآلة الجمادية. والحس: الصوت الخفي **(ومن سمع حساً فظنه حس صيد فرماه أو أرسل كلبه أو بازيه فأصاب صيداً)** ظبياً مثلاً، فإن تبين أن المسموع حسه آدمي أو بقر أو شاة لم يحل الظبي المصاب مثلاً في قولهم جميعاً لأنه أرسل إلى غيره صيد لم يتعلق به حكم الإباحة وصار كأنه رمى إلى آدمي عالماً فأصاب صيداً فإنه لا يؤكل **(وإن تبين أن المسموع حسه صيد حلّ المصاب أيّ صيد كان)** المسموع حسه: يعني سواء كان مأكول اللحم أو لم يكن **(لأنه قصد الاصطياد. وعن أبي يوسف أن المسموع حسه إذا ظهر خنزيراً لم يحل أكل الصيد المصاب لتغليظ التحريم؛ ألا ترى أنه لا تثبت الإباحة في شيء منه بخلاف سائر السباع)** لأنه أي الاصطياد **(يؤثر في جلدها، وزفر خص منها)** أي من جملة المسموع حسه **(ما لا يؤكل لحمه، لأن الإرسال فيه ليس للإباحة)** فكان هو والآدمي سواء **(ووجه الظاهر أن اسم الاصطياد لا يختص بالمأكول)** وما هو كذلك فالمأكول وغيره بالنسبة إليه سواء فإذا قصد بفعله الاصطياد وقع الفعل اصطياداً، إذ الاصطياد فعل مباح في نفسه يفيد إباحة المصاب بشرط قبوله الإباحة حتى لو لم يقبلها كما إذا كان خنزيراً لم تثبت الإباحة ولكن لا يخرج الفعل عن كونه اصطياداً مباحاً وإذا قتلها، فإن كان مما يحل تناوله تثبت إباحة تناوله لغير السباع من البهائم والطيور، وإن كان مما لا يحل تناوله تثبت إباحة جلده فثبت أن فعله وقع اصطياداً، وإباحة التناول وغيره مما يتعلق بالمحل ليس بمخرج له عن ذلك، وإذا وقع اصطياداً كان كأنه رمى إلى صيد فأصاب غيره. وقوله: **(وإن تبين أنه حس آدمي)** قدمناه آنفاً، وقوله: **(لأن الفعل ليس باصطياد)** إذ الاصطياد عبارة عن تحصيل متوحش، وعلى هذا فالداجن الذي يأوي البيوت أهلي، والظبي الموثق: أي المشدود بالوثاق بمنزلته: أي بمنزلة الآدمي لما بينا أن الفعل ليس باصطياد، ثم إذا جهل توحش المقصود برميه يعتبر فيه الأصل، وعلى هذا تخرج المسألتان المذكورتان في الكتاب. وقوله: **(وفي أخرى عنه لا يحلّ لأنه لا ذكاة فيهما)** يشير إلى أن كون ما تبين حسه من الصيود من شرطه أن يكون حلّ أكله مشروطاً بالذبح، حتى لو سمع حساً فظنه صيداً رماه فأصاب ظبياً ثم تبين أن المسموع حسه سمكة لم يؤكل الصيد، ولو سمع حساً وظنه آدمياً ورماه فأصاب المسموع حسه وهو صيد حلّ لأنه لا معتبر بظنه مع تعين كونه صيداً. فإن قيل: ما الفرق بين هذه المسألة وبين التي تقدمت، وهي أن من سمع حساً ظنه صيداً رماه فأصاب صيداً ثم تبين أنه حس آدمي أو حيوان أهلي لا

فصل في الرمي

قال المصنف: **(لأن الإرسال فيه ليس للإباحة)** أقول: الأظهر أن يقال: لأن الرمي لأن الفصل فصله قوله: **(والظبي الموثق: أي المشدود بمنزلته: أي بمنزلة الآدمي)** أقول: ولعل الأولى: أي بمنزلة الأهلي.

الإرسال فيه ليس للإباحة. ووجه الظاهر أن اسم الاصطياد لا يختص بالمأكول فوقع الفعل اصطياداً وهو فعل مباح في نفسه، **(وإباحة التناول ترجع)** إلى المحل فتثبت بقدر ما يقبله لحماً وجلداً. وقد لا تثبت إذا لم يقبله، وإذا وقع اصطياداً صار كأنه رمى إلى صيد فأصاب غيره **(وإن تبين أنه حس آدمي أو حيوان أهلي لا يحلّ المصاب)** لأن الفعل ليس باصطياد **(والطير الداجن الذي يأوي البيوت أهلي والظبي الموثق بمنزلته)** لما بينا **(ولو رمى إلى طائر فأصاب صيداً ومرّ الطائر ولا يدرى وحشى هو أو غير وحشي حل الصيد)** لأن الظاهر التوحش **(ولو رمى إلى بعير فأصاب صيداً ولا يدري نادّ هو أم لا لا يحل الصيد)** لأن الأصل فيه الاستئناس **(ولو رمى إلى سمكة أو جرادة فأصاب صيداً يحل في رواية عن أبي يوسف)** لأنه صيد. وفي أخرى عنه لا يحل لأنه لا ذكاة فيهما **(ولو رمى فأصاب المسموع حسه وقد ظنه آدمياً فإذا هو صيد يحلّ)** لأن لا معتبر بظنه مع تعينه **(فإذا سمى الرجل عند الرمي أكل ما أصاب إذا جرح السهم فمات)** لأنه ذابح بالرمي لكون السهم آلة له فتشترط التسمية عنده. وجميع البدن محل لهذا النوع من

بعض الأحوال أيضاً، فالوجه في تفسير قول المصنف والظبي الموثق بمنزلته ما ذكره صاحب الغاية حيث قال: أي الظبي المقيد بمنزلة الطير الداجن الذي يأوي البيوت انتهى. قوله: **(وإذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى أصابه ميتاً أكل، وإن قعد عن طلبه ثم أصابه ميتاً لم يؤكل)** قال الزيلعي في شرح الكنز:

يحل المصاب مع أنه لم يقصد رمي الآدمي وفي هذه المسألة قصد رمي الآدمي ورمي الآدمي ليس باصطياد وقد حل المصاب. والقياس إما شمول الحل أو شمول عدمه أو انعكاس الجواب في المسألتين، وذلك أنه لما حل المصاب مع اقتران ظنه بأنه آدمي ففيما إذا اقترن ظنه بأنه صيد أولى، أو لأنه لم يقع فعله اصطياداً نظراً إلى قصده فلا يحل المصاب ها هنا، وحل هناك. لذلك أجيب بأن الفرق ما أشار إليه بقوله لأنه لا معتبر بظنه مع تعينه: أي تعين كونه صيداً، وبيانه أن في المسألة الأولى أصاب سهمه غير المسموع حسه والمسموع حسه ليس بصيد فكان فعله متوجهاً إلى غير الصيد نظر إلى فعله الذي توجه للمسموع حسه وهو ليس بصيد فلم يكن فعله اصطياداً وحل الصيد إنما يحصل بوجود فعل الاصطياد فلم يحل أكله لانعدام فعل الاصطياد. وأما ها هنا فسهمه أصاب عين المسموع حسه وعينه صيد فكان الفعل واقعاً على الصيد وهو الاصطياد بحقيقته، فلما وجد الاصطياد بحقيقته لم يعتبر ظنه ذلك المخالف لفعله الذي هواصطياد بحقيقته، والظن إذا وقع مخالفاً لحقيقة فعله كان الظن لغواً فيحل أكل المصاب لوجود فعل الاصطياد. وقوله: **(على ما بيناه)** يعني في فصل الجوارح بقوله ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية الخ. وقوله: **(فتحامل)** التحامل في المشي أن يتكلفه على مشقة وإعياء يقال تحاملت في المشي. وقوله: **(حتى أصابه ميتاً أكل)** قيل إذا وجده وفيه جراحة سهمه لا غير، وأما إذا وجده وفيه جراحة أخرى فليس له أن يأكله ترك الطلب أو لم يترك كما سيجيء، لأنه ظهر لموته شيئان: أحدهما يوجب الحل، والآخر يوجب الحرمة فيغلب الموجب للحرمة. وقال الشافعي: يؤكل لأنه ظهر لموته سبب وهو ما كان معه من الرمي، والحكم متى ظهر عقيب سبب يحال عليه، كما لو جرح إنساناً فلم يزل صاحب فراش حتى مات يجعل قاتلاً. قلنا: لما وجد فيه جرح غيره كان القتل منه موهوماً: والموهوم في هذا كالمتحقق لقوله: ﷺ «لعل هوامّ الأرض قتلته» قاله حين أهدى رجل إليه عليه الصلاة والسلام صيداً فقال «من أين لك هذا؟ قال كنت رميته بالأمس وكنت في طلبه حتى حال بيني وبينه ظلمة الليل ثم وجدته اليوم ميتاً وفيه مزراقي، وهو الرمح الصغير، فقال عليه الصلاة والسلام: لا أدري لعلّ هوامّ الأرض قتلته»[1] الحديث، وهو كما يدل على

---

(١) مرسل. رواه أبو داود في مراسيله ٣٤٤ عن عطاء ابن السائب عن الشعبي مرسلاً.
وكرره ٣٤٥ عن أبي رزين مختصراً.
قال الزيلعي في نصب الراية ٤/٣١٤ ـ ٣١٥: وكذا رواه ابن أبي شيبة في مصنفه عن أبي رزين وكرره عنه وذكره عبد الحق في أحكامه، وأعله بالإرسال، وأقره ابن القطان عليه.
ورواه عبد الرزاق من طريق عبد الكريم بن أبي المخارق عن الحسن بن محمد بن علي عن عائشة «أن رجلاً. . .» الخبر.
وابن أبي المخارق: واهٍ. ورواه عبد الرزاق. عن عبد الكريم الجزري عن زياد بن أبي مريم مرسلاً. اهـ. فهذا الحديث جاء مرسلاً من أكثر من وجه، ولا يصح وصله وقد ذكر البيهقي في سننه ٩/٢٤١ حديث أبي رزين وقال: أبو رزين اسمه مسعود مولى شقيق بن سلمة، وليس بأبي رزين مولى رسول الله ﷺ، والحديث مرسل قاله البخاري اهـ.

الذكاة. ولا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما بيناه. قال: (**وإذا أدركه حياً ذكاه**) وقد بيناها بوجوهها، والاختلاف فيها في الفصل الأول فلا نعيده. قال: (**وإذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى أصابه ميتاً أكل، وإن قعد عن طلبه**) ثم أصابه ميتاً لم يؤكل. لما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام «أنه كره أكل الصيد إذا غاب عن الرامي وقال: لعل هوامّ الأرض قتلته» ولأن احتمال الموت بسبب آخر قائم فما ينبغي أن يحل أكله لأن الموهوم في هذا كالمتحقق لما روينا، إلا أن أسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة أن لا يعرى

وجعل قاضيخان في فتاواه من شرط حل الصيد أن لا يتوارى عن بصره فقال: لأنه إذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل لقول ابن عباس رضي الله عنهما: كل ما أصميت ودع ما أنميت، والإصماء: ما رأيته، والإنماء: ما توارى عنك[1]. وهذا نص على أن الصيد يحرم بالتواري وإن لم يقعد عن طلبه انتهى. أقول: ليس الأمر كما زعمه الزيلعي، فإن الإمام قاضيخان لم يجعل في فتاواه من شرط حل الصيد عدم التواري عن بصره بخصوصه، بل جعل من شرط ذلك أحد الأمرين: عدم التواري عن بصره، وعدم القعود عن طلبه حيث قال: والسابع يعني الشرط السابع أن لا يتوارى عن بصره أو لا يقعد عن طلبه فيكون في طلبه، ولا يشتغل بعمل آخر حتى يجده، لأنه إذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل لقول ابن عباس رضي الله عنهما: كل ما أصميت ودع ما أنميت. والإصماء: ما رأيته، والإنماء: ما توارى عنك[2] انتهى، ولا شك أن قوله والسابع

حرمة ذلك يدل على حرمة ما إذا قعد عن طلبه ثم وجده ميتاً. وقوله: (**ولأن احتمال الموت**) دليل معقول على ذلك. فإن قيل: هذا الاحتمال باق إذا كان في طلبه أيضاً. أجاب بقوله إلا أنا أسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة أن الاصطياد لا يعرى عن ذلك، ولا ضرورة فيما إذا قعد عن طلبه لإمكان الاحتراز عن توار يكون بسبب عمله. وقوله: (**والذي رويناه حجة على مالك في قوله إن ما توارى عنه ما إذا لم يبت يحلّ**) يعني وإن رأى فيه أثر سبع، واحتج على ذلك بأنه سمع أهل العلم كذلك وكأنه بنى الأمر على الغالب، لأنه إذا بات عنه قعد عن طلبه غالباً، ووجه كون ما رويناه حجة عليه أنه كره أكل الصيد إذا غاب عن الرامي. فإن قيل: إن كان ما روي عنه عليه الصلاة والسلام من كراهته أكل الصيد إذا غاب عن الرامي حجة عليه، فقوله عليه الصلاة والسلام «لعل هوامّ الأرض قتلته» حجة له على ما مر من قصته، فإنه عليه الصلاة والسلام قاله لمن حال بينه وبين الصيد ظلمة الليل. فالجواب أن الأصل أن خصوص السبب غير معتبر، واعتبار قتل الهوام عند الغيبة موجود فيكون حراماً. وقوله: (**ولو وجد به جراحة**) قدمناه والخلاف فيه. وقوله: (**لأنه موهوم يمكن الاحتراز عنه لأن الصيد قد يخلو عن رمي الغير فاعتبر محرماً**)، بخلاف وهم الهوام فإن الاحتراز عنه غير ممكن لأن الصيد لا بد أن يقع على الأرض والأرض لا تخلو عنها فلا يجعل محرماً إذا لم يقعد عن الطلب. قال: (**وإذا رمى صيداً فوقع في الماء الخ**) كلامه واضح وهو في المعنى مقيد بأن لا يكون الجرح مهلكاً في الحال على ما سيأتي. قوله: (**وكذا السقوط من عال**)وهو في بعض النسخ من علو، وهو لغة في الأوّل مضموناً ومفتوحاً ومكسوراً. وقوله: (**وإن وقع على الأرض ابتداء أكل**) يعني إذا لم يكن على

قوله: (**نظراً إلى فعله الذي توجه إلى المسموع حسه وهو ليس بصيد**) أقول: فكان ظنه هنا أيضاً مخالفاً لحقيقة فعله فلا يعتبر الظن فلا يكون فعله صيداً قوله: (**كما لو جرح إنساناً فلم يزل صاحب فراش حتى مات يجعل قاتلاً**) أقول: في دلالته على التحريم كلام، ثم قوله على حرمة ذلك: أي حرمة ما فيه جراحة أخرى قوله: (**لأن الموهوم كالمتحقق لما روينا**) أقول: فلا يكون هذا دليلاً مستقلاً.

---

(١) موقوف. أخرجه البيهقي ٩/ ٢٤١ من وجهين عن ابن عباس موقوفاً وقال: قد روي مرفوعاً، وهو ضعيف اهـ. والمرفوع أخرجه الطبراني في الكبير كما في المجمع ٤/ ٣١ وقال الهيثمي: فيه عثمان بن عبد الرحمن، وأظنه القرشي، وهو متروك.

قلت: هو كما قال الهيثمي. ففي الميزان: عثمان بن عبد الرحمن القرشي الزهري الوقاصي. قال البخاري: تركوه.

وقال يحيى: ليس بشيء. وقال مرة: يكذب.

قلت: فالصواب وقفه قولاً واحداً والله أعلم.

تنبيه: وتفسير كلام ابن عباس هو من قبل الحكم فسره لشعبة حين سأله عنه.

(٢) هو المتقدم.

الاصطياد عنه. ولا ضرورة فيما إذا قعد عن طلبه لإمكان التحرز عن توار يكون بسبب عمله. والذي رويناه حجة على مالك في قوله إن ما توارى عنه إذا لم يبت يحلّ فإذا بات ليلة لم يحل **(ولو وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل)** لأنه موهوم يمكن الاحتراز عنه فاعتبر محرماً، بخلاف وهم الهوام. والجواب في إرسال الكلب في هذا

أن لا يتوارى عن بصره أو لا يقعد عن طلبه نص على أن الصيد لا يحرم بمجرد التواري عن بصره إذا لم يقعد عن طلبه، بل إنما يحرم بالتواري عن بصره والقعود عن طلبه معاً. وأما قوله لأنه إذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل، فالظاهر أن المراد به أنه إذا غاب عن بصره وقعد عن طلبه بقرينة سياق كلامه. وأما إذا لم يقعد عن طلبه فيعذر فيه للضرورة لعدم إمكان التحرز عن تواري الصيد عن بصر الرمي، فكان في اعتبار عدم التواري مطلقا حرج عظيم والحرج مدفوع بالنص، وقد أشار إليه المصنف بقوله: إلا أنا أسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة أن لا يعرى الاصطياد عنه، ولا ضرورة فيما إذا قعد عن طلبه لإمكان التحرز عن توار يكون بسبب

الأرض ما يقتله كحد الرمح والقصبة المنصوبة على ما سيجيء وقوله: **(وذكر في المنتقى)** يريد بيان ما وقع من الاختلاف بين رواية الأصل وهي قوله أو صخرة فاستقرّ عليها وبين رواية المنتقى وصحح الحاكم رواية المنتقى وحمل المطلق المروي في الأصل من قوله فاستقر عليها على غير حالة الانشقاق وحمل شمس الأئمة السرخسي رواية المنتقى على ما أصابه حدّ الصخرة فانشق بطنه لذلك وحمل المروي في الأصل على أنه لم يصبه من الآجرة إلا ما يصيبه من الأرض لو وقع عليه وذلك عفو كما إذا وقع على الأرض وانشق بطنه. وفي الجملة فليس في المسألة روايتان، وهذا: أي فعله شمس الأئمة أصح لأن المذكور في الأصل مطلق فيجري على إطلاقه، وحمله على غير حالة الانشقاق يحوج إلى الفرق بين الجبل والأرض في الانشقاق، فإنه لو انشق بوقوعه على الأرض أكل وقد ذكرنا أنه في معناه، وقوله: **(كما إذا وقع)** أي غير المائي **(في الماء)** وقوله: **(وما أصاب المعراض بعرضه)** المعراض سهم لا ريش له يمضي عرضاً فيصيب بعرضه لا بحدّه، والبندقة طينة مدورة يرمى بها. وقوله: **(إذا لم يخزق)** بالزاي المعجمة خزق المعراض: أي نفذ، وبالراء المهملة خطأ. وقوله: **(وكذلك إن جرحه)** يعني إذا رماه بحجر فجرحه، فإن كان ثقيلاً وبه حدة، قالوا لا يؤكل لاحتمال أن قتله بثقله، وإن كان خفيفاً وبه حدة أكل، والمروة: حجر أبيض رقيق كالسكين يذبح به، واللهم يستعمل عقيبه إلا إذا كان المستثنى عزيزاً نادراً إيذاناً بأنه بلغ في الندرة حد الشذوذ. وقوله: **(قيل لا يحل)** هو قول أبي القاسم الصفار، ووجهه أن الدم النجس لم يسل فلا يكون بمعنى الذبح. وقيل يحل، وهو قول أبي بكر الإسكاف لوجود الذكاة بين اللبة واللحيين، والدم قد يحتبس لغلظه أو لضيق المنذر. وقوله: **(وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه)** يريد به قول أبي القاسم الصفار فإنه شرط سيلان الدم. قال: **(وإن رمى صيداً الخ)** إذا قطع بالرمي عضواً من الصيد أكل الصيد لما بينا أن الرمي مع الجرح مبيح وقد وجد، ولا يؤكل العضو إن أمكن حياته بعد الإبانة وإن لم يمكن أكلاً. وقال الشافعي، وهو مذهب ابن أبي ليلى إن مات الصيد منه أكل لأنه مبان بذكاة الاضطرار وكل ما كان كذلك حلّ المبان **(والمبان منه كما إذا أبين الرأس بذكاة الاختيار)** وذلك لأن قطع أيّ عضو كان في ذكاة الاضطرار كقطع الرأس في ذكاة الاختيار، والرأس يؤكل في ذكاة الاختيار فكذا العضو المبان في ذكاة الاضطرار **(ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «ما أبين من الحي فهو ميت»)** ووجه الاستدلال أنه ذكر الحيّ مطلقاً، والمطلق ينصرف إلى الفرد الكامل، والكامل هو الحيّ حقيقة وحكماً، والعضو المبان بهذه الصفة: يعني أبين من الحي حقيقة وحكماً، أما حقيقة فلقيام الحياة به، وأما حكماً فلأنه يتوهم حياته بعد إبانة هذا العضو، ولهذا: أي ولكونه حياً حكماً اعتبره الشرع حتى لو وقع في الماء وفيه حياة بهذه الصفة لم يؤكل

قال المصنف: **(والذي رويناه حجة على مالك في قوله إن ما توارى عنه إذا لم يبت يحل، فإذا بات ليلة لا يحل)** أقول: وجعل قاضيخان في فتاواه من شرط حل الصيد أن لا يتوارى عن بصره فقال: لأنه إذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر، فلا يحل لقول ابن عباس: كل ما أصميت ودع ما أنميت، والإصماء ما رأيته، والإنماء ما توارى عنك، وهذا نص على أن الصيد يحرم بالتواري وإن لم يقعد عن طلبه، وإليه أشار صاحب الهداية أيضاً بقوله والذي رويناه حجة على مالك في قوله وإن توارى عنه إذا لم يبت ليلة يحل فإذا بات لا يحل، وهذا يشير إلى أنه إذا توارى عنه لا يحل عندنا وإن لم يقعد عن طلبه فيكون مناقضاً لقوله في أول المسألة: وإذا وقع الصيد بالسهم فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى أصابه ميتاً أكل، وإن قعد عن طلبه ثم أصابه ميتاً لم يؤكل فبنى الأمر على الطلب وعدمه لا على التواري وعدمه، وعلى هذا أكثر كتب فقه أصحابنا. ولو حمل ما ذكره على ما إذا قعد عن طلبه كان

كالجواب في الرمي في جميع ما ذكرناه. قال: **(وإذا رمى صيدا فوقع في الماء أو وقع على سطح أو جبل ثم تردّى منه إلى الأرض لم يؤكل)** لأنه المتردية وهي حرام بالنص، ولأنه احتمل الموت بغير الرمي إذ الماء مهلك. وكذا السقوط من عال. يؤيد ذلك قوله عليه الصلاة والسلام لعديّ رضي الله عنه «وإن وقعت رميتك في الماء فلا تأكل، فإنك لا تدري أن الماء قتله أو سهمك»[1] **(وإن وقع على الأرض ابتداء أكل)** لأنه لا يمكن الاحتراز عنه، وفي اعتباره سدّ باب الاصطياد بخلاف ما تقدم لأنه يمكن التحرز عنه. فصار الأصل أن سبب الحرمة والحل إذا اجتمعا وأمكن التحرز عما هو سبب الحرمة ترجح جهة الحرمة احتياطاً، وإن كان مما لا يمكن التحرز عنه جرى وجوده مجرى عدمه لأن التكليف بحسب الوسع، فمما يمكن التحرز عنه إذا وقع على شجر أو حائط أو آجرّة ثم وقع على الأرض أو رماه وهو على جبل فتردى من موضع إلى موضع حتى تردّى إلى الأرض، أو رماه فوقع على رمح منصوب أو على قصبة قائمة أو على حرف آجرة لاحتمال أن حدّ هذه الأشياء قتله، ومما لا يمكن الاحتراز عنه إذا وقع على الأرض كما ذكرناه، أو على ما هو في معناه كجبل أو ظهر بيت أو لبنة موضوعة أو صخرة فاستقر عليها، لأن وقوعه عليه وعلى الأرض سواء. وذكر في المنتقى: لو وقع على صخرة فانشقّ بطنه لم يؤكل لاحتمال الموت بسبب آخر، وصححه الحاكم الشهيد وحمل مطلق المروى في الأصل على غير حالة الانشقاق، وحمله شمس

عمله، وذكر في الشروح والكافي «أنه ﷺ مرّ بالروحاء على حمار وحش عقير فتبادر أصحابه إليه. فقال ﷺ: دعوه فسيأتي صاحبه، فجاء رجل فقال: هذه رميتي وأنا في طلبها وقد جعلتها لك، فأمر رسول ﷺ أبا بكر فقسمها بين الرفاق»[2] انتهى قوله: **(وإن وقع على الأرض ابتداء أكل)** قال في العناية أخذاً من النهاية: يعني إذا لم يكن على الأرض ما يقتله كحدّ الرمح والقصبة المنصوبة على ما سيجيء انتهى. أقول: هذا التقييد مستغنى عنه بالكلية هاهنا، إذ الظاهر أن الوقوع على نحو جدّ الرمح والقصبة المنصوبة ليس بوقوع على الأرض، ولهذا جعل المصنف الأول

لجواز أن يكون موته بوقوعه في الماء. وقوله: **(أبين بالذكاة)** ذكره ليجيب عنه بقوله قلنا وتقريره سلمنا أن ما أبين بالذكاة يؤكل ولكن لا ذكاة ها هنا لأن هذا الفعل وهو إبانة العضو حال وقوعه ليس بذكاة لبقاء الروح في الباقي على وجه يمكن الحياة بعده إذا الفرض ذلك، والجرح يعتبر ذكاة إذا مات منه، أو يكون على وجه لا يمكن الحياة بعده، ولهذا لو وجده وفيه من الحياة فوق ما في المذبوح لا بد من ذبحه وعند زوال الروح وإن كان ذكاة بالنسبة إلى الصيد، لكنه ليس بذكاة بالنسبة إلى المبان لعدم تأثيره في موته لفقد الحياة فيه حينئذٍ. فإن قيل: فليكن ذكاة للمبان بتبعية الأكثر إذا مات من ذلك القطع، أجاب

يستقيم ولم يتناقض، ولكنه خلاف الظاهر، كذا في شرح الزيلعي. أما نص عبارة قاضيخان فهي: والسابع أن لا يتوارى عن بصره، أو لا يقعد عن طلبه، فيكون في طلبه ولا يشتغل بعمل آخر حتى يجده، لأنه إذا غاب عن بصره الخ انتهى، ونحن نقول: ليس فيه جعل عدم التواري شرطاً بخصوصه كما ترى، وما يدل عليه تعليله الذي ذكره من كونه شرطاً بخصوصه فأمر سهل، إذ المراد إذا غاب عن بصره وهو قاعد عن طلبه بقرينة وضع المسألة، وأما إذا لم يقعد ففيه ضرورة فليتأمل. وراجع النهاية فإنه ذكر حديث ابن عباس رضي الله عنهما قوله: **(ووجه كون ما رويناه حجة عليه أنه كرة أكل الصيد الخ)** أقول: فيه بحث قوله: **(فقوله ﷺ «لعل هوام الأرض قتلته» حجة له على ما مر)** أقول: فيه بحث، لأنه حجة عليه حيث أحله وإن رأى فيه أثر سبع، فإن احتمال قتل الهوام مع أنه لا جراحة فيه إذا كان محرماً ففيما إذا وجدت الجراحة أولى أن يكون محرماً، والظاهر أن يقول: فكراهته ﷺ لصيد من حال بينه وبين صيد ظلمة الليل حجة له.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٥٤٨٤ ومسلم ١٩٢٩ ح ٧٠٦ كلاهما عن الشعبي عن عدي بن حاتم عن النبي ﷺ قال: «إذا أرسلت كلبك، وسميت فأمسك، وقتلْ فكل، وإن أكل فلا تأكل، فإنما أمسك على نفسه، وإذا خالط كلاباً لم يُذكر اسم الله عليها، فأمسكن فقتلن فلا تأكل، فإنك لا تدري أيها قتل، وإن رميت الصيد، فوجدته بعد يوم أو يومين ليس به إلا أثرُ سهمك فكل، وإن وقع في الماء، فلا تأكل»

هذا لفظ البخاري. وزاد مسلم: «إلا أن تجده وقع في الماء، فإنك لا تدري الماء قتله، أو سهمك» وحديث عدي تقدم في أول الباب مستوفياً.

(٢) جيد. أخرجه مالك ١/ ٣٥١ والنسائي ٥/ ١٨٢ والبيهقي ٩/ ٣٢٢ كلهم من حديث عمير بن سلمة الضمري عن البهزي، ورجاله كلهم ثقات والراوي عن البهزي، وهو عمير بن سلمة الضمري قال عنه في التقريب: له صحبة، وحديث روى له النسائي.

فائدة: وقد جاء عن يحيى بن معين قوله: كل من روى عنه مالك، فهو ثقة.

الأئمة السرخسي رحمه الله على ما أصابه حدّ الصخرة فانشق بطنه بذلك، وحمل المروى في الأصل على أنه لم يصبه من الآجرة إلا ما يصيبه من الأرض أو وقع عليها وذلك عفو وهذا أصح. وإن كان الطير مائياً، فإن كانت الجراحة لا تتغمس في الماء أكل، وإن انغمست لا يؤكل كما إذا قوع في الماء. قال: **(وما أصابه المعراض بعرضه لم يؤكل، وإن جرحه يؤكل)** لقوله عليه الصلاة والسلام فيه «ما أصاب بحدّة فكل، وما أصاب بعرضه فلا تأكل» ولأنه لا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما قدمناه. قال: **(ولا يؤكل ما أصابته البندقة فمات بها)** لأنها تدقّ وتكسر ولا تجرح فصار كالمعراض إذا لم يخزق، وكذلك إن رماه بحجر، وكذا إن جرحه، قالوا: تأويله إذا كان ثقيلا وبه حدة لاحتمال أنه قتله بثقله، وإن كان الحجر خفيفاً وبه حدة يحل لتعين الموت بالجرح، ولو كان الحجر خفيفاً وجعله طويلاً كالسهم وبه حدة فإنه يحل لأنه يقتله بجرحه، ولو رماه بمروة حديدة ولم تبضع بضعاً لا يحل لأنه قتله دقاً، وكذا إذا رماه بها فأبان رأسه أو قطع أوداجه، لأن العروق تنقطع بثقل الحجر كما تنقطع بالقطع فوقع الشك أو لعله مات قبل قطع الأوداج، ولو رماه بعصا أو بعود حتى قتله لا يحل لأنه يقتله ثقلاً لا جرحاً، اللّهم إلاّ إذا كان له حدّة يبضع بضعاً فحينئذٍ لا بأس به لأنه بمنزلة السيف والرمح. والأصل في هذه المسائل أن الموت إذا كان مضافاً إلى الجرح بيقين كان الصيد حلالاً، وإذا كان مضافاً إلى الثقل بيقين كان حراماً، وإن وقع الشك ولا يدرى مات بالجرح أو بالثقل كان حراماً احتياطاً، وإن رماه بسيف أو بسكين فأصابه بحده فجرحه حل، وإن أصابه بقفا السكين أو بمقبض السيف لا يحل لأنه قتله دقاً، والحديد وغيره فيه سواء. ولو رماه فجرحه ومات بالجرح، إن كان الجرح مدمياً يحل بالاتفاق، وإن لم يكن مدمياً فكذلك عند بعض المتأخرين سواء كانت الجراحة صغيرة أو كبيرة، لأن الدم قد يحتبس بضيق المنفذ أو غلظ الدم. وعند بعضهم يشترط الإدماء لقوله عليه الصلاة والسلام «ما أنهر الدم وأفرى الأوداج فكل» شرط الإنهار، وعند بعضهم إن كانت كبيرة حل بدون الإدماء، ولو ذبح شاة ولم

قسماً للثاني فيما سيجيء، وعدّ الأول مما يمكن التحرز عنه والثاني مما لا يمكن التحرز عنه فلا يحتمل أن يتناول قوله ها هنا وإن وقع على الأرض ابتداء ما قوع على نحو حدّ الرمح والقصبة المنصوبة حتى يحتاج إلى أن يقال: يعني إذا لم يكن على الأرض ما يقتله كحدّ الرمح والقصبة المنصوبة على ما سيجيء، قوله: **(وإن لم يكن مدمياً فكذلك عند بعض المتأخرين سواء كانت الجراحة صغيرة أو كبيرة، لأن الدم قد يحتبس لضيق المنفذ أو غلظ الدم)** أقول: يرد على ظاهر هذا التعليل أنه قد تقرر في كتاب الذبائح أن المقصود بالذبح هو إخراج الدم النجس، وأن الجرح في أي موضع كان من البدن ذبح اضطراري يصار إليه عند العجز عن الذبح الاختياري وهو الجرح. فيما بين اللبة واللحيين، وإن في كل من الذبحين إخراج الدم إلا أن الاختياري أعمل فيه من الاضطراري فكون الدم محتبساً لضيق المنفذ أو غلظ الدم لا يقتضي حل أكل المجروح بالرمي بدون الإدماء، بل يقتضي حرمته بناء على عدم

بقوله ولا تبعية: يعني الأقل يتبع الأكثر إذا لم ينفصل عنه، وها هنا قد انفصل فزالت التبعية، والأصل المذكور في الكتاب ظاهر. وقوله: **(والأكثر مما يلي العجز)** احتراز عما إذا كان الأكثر مما يلي الرأس فإنه يؤكل الأكثر لا غير، وهذا لأن الأوداج من القلب إلى الدماغ، فإن أبان الثلث مما يلي العجز لم يقع الفعل ذكاة لعدم قطع الأوداج، وإنما وقعت بموته، والجزء مبان عند ذلك، وأما إذا أبان الثلث مما يلي الرأس فقد وقع الذكاة بقطع الأوداج نفسه، حينئذٍ لم يكن الجزء مباناً، والباقي ظاهر. وقوله: **(ولا يؤكل صيد المجوسي)** مبناه ما تقدم أن غير أهل الكتاب من الكفار ليس بأهل للذكاة الاختيارية ولا بد منها في

قال المصنف: **(لقوله عليه الصلاة والسلام «ما أنهر الدم وأفرى الأوداج فكل» شرط الإنهار الخ)** أقول: قال الإتقاني: وهذا ضعيف عندي لأنه كما شرط الإنهار شرط فري الأوداج أيضاً. وفي ذكاة الاضطرار كما لا يشترط فري الأوداج فكذا لا يشترط الإنهار انتهى. وفيه بحث، إذ لا ملازمة بينهما، وعدم اشتراط الأول في ذكاة الاضطرار بدليل ولا دليل في الثاني قوله: **(وتقريره سلمنا الخ)** أقول: هذا التسليم لا يلزم أن يكون مسبوقاً بالمنع ليرد أنه لا وجه له.

يسل منه الدم قيل لا تحل وقيل تحل. ووجع القولين دخل فيما ذكرناه. وإذا أصاب السهم ظلف الصيد أو قرنه، فإن أدماه حل وإلا فلا، وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه. **(وإذا رمى صيداً فقطع عضواً منه أكل الصيد)** لما بيناه **(ولا يؤكل العضو)** وقال الشافعي رحمه الله: أكلا إن مات الصيد منه لأن مبان بذكاة الاضطرار فيحل المبان والمبان منه كما إذا أبين الرأس بذكاة الاختيار بخلاف ما إذا لم يمت لأنه ما أبين بالذكاة. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام **«ما أبين من الحيّ فهو ميت»** ذكر الحيّ مطلقا فينصرف إلى الحي حقيقة وحكماً، والعضو المبان بهذه الصفة لأن المبان منه حيّ حقيقة لقيام الحياة فيه، وكذا حكماً لأنه تتوهم سلامته بعد هذه الجراحة ولهذا اعتبره الشرع حياً، حتى لو وقع في الماء وفيه حياة بهذه الصفة يحرم. وقوله أبين بالذكاة قلنا حال وقوعه لم يقع ذكاة لبقاء الروح في الباقي، وعند زواله لا يظهر في المبان لعدم الحياة فيه، ولا تبعية لزوالها بالانفصال فصار هذا الحرف هو الأصل، لأن المبان من الحيّ حقيقة وحكماً لا يحل، والمبان من الحيّ صورة لا حكماً يحل وذلك بأن يبقى في المبان منه حياة بقدر ما يكون في المذبوح فإنه حياة صورة لا حكماً. ولهذا لو وقع في الماء وبه هذا القدر من الحياة أو تردّى من جبل أو سطح لا يحرم فتخرج عليه المسائل، فنقول: إذا قطع يداً أو رجلاً أو فخذاً أو ثلثه مما يلي القوائم أو أقل من نصف الرأس يحرم المبان يحلّ المبان منه لأنه يتوهم بقاء الحياة في الباقي **(ولو قدّه بنصفين أو قطعة أثلاثاً**

حصول المقصود بالذبح. ويمكن الجواب بأن معنى هذا التعليل أن الدم قد يحتبس لضيق المنفذ أو غلظ الدم فلا يمكن إخراجه ففي اعتبار الإدماء حرج، فاكتفى بما هو سببه في الغالب وهو الجرح فتأمل قوله: **(وعند بعضهم يشترط الإدماء لقوله ﷺ «ما أنهر الدم وأفرى الأوداج فكل»[١] شرط الإنهار)** أقول: لمانع أن يمنع دلالة الحديث المذكور على شرط الإنهار بناء على عدم القول بمفهوم المخالفة تدبر تفهم. وطعن فيه صاحب الغاية بوجه آخر حيث قال: وهذا ضعيف عندي لأنه كما شرط الإنهاء شرط فري الأوداج أيضاً. وفي ذكاة الاضطرار لا يشترط فري الأوداج، فكذا لا يشترط الإنهاء انتهى. أقول: ليس هذا بسديد، لأن عدم اشتراط فري الأوداج في ذكاة الاضطرار للعجز عنه ولزوم الجرح في اشتراطه، وهذا غير متحقق في الإنهار إذ لا عجز عن الجرح بلا ريب، ثم إن الجرح لا ينفك عن الإنهاء في الغالب فلا حرج في اشتراط الإنهار على رأي ذلك البعض فافترقا قوله: **(ولنا قوله ﷺ «ما أبين من الحي فهو ميت»[٢] ذكر الحي مُطلقاً فينصرف إلى الحي حقيقة وحكماً، والعضو المبان بهذه الصفة)** قال الشراح: يعني أنه ذكر الحي مطلقاً والمطلق ينصرف إلى الكامل والكامل هو الحي حقيقة وحكماً والعضو المبان بهذه الصفة: أي أبين من الحي حقيقة وحكماً. أقول: المقدمة القائلة أن المطلق ينصرف إلى الكامل شائعة في ألسنه

إباحة الصيد. قال: **(ومن رمى صيداً فأصابه ولم يثخنه الخ)** اعلم أن الرجلين إذا رميا صيداً فذاك ينقسم إلى قسمين: إما أن يرمياه معاً أو متعاقباً. والأول على أوجه: فإنه إذا رمياه معاً فإما أن يصيبا معاً أو يصيب أحدهما أوّ لا، فإن أصاب فإما أن يثخنه قبل إصابة الثاني أو لا. والثاني كذلك فإنه إما إن رماه الثاني قبل إصابة السهم الأول أو بعدها، فإن كان الثاني فإما أن يثخنه الأول أو لم يثخنه، والأول بوجوهه والوجه الأول من الثاني غير مذكور في الكتاب، وأنا أذكر ذلك تكملة للإفادة. فإن رميا معاً وأصابا معاً فقتلاه فهو لهما جميعاً، ويؤكل لأن كل واحد منهما رمى إلى صيد مباح فيحل تناوله اعتباراً بحالة الرمي، فإنه كان صيداً حال رميها فيقع فعل كل واحد منهما ذكاة وأصابت الرميتان معاً فاستويا في السببية، وذلك يوجب المساواة في الملك، وإن رمياه معاً فأصابه سهم أحدهما أوّلاً فأثخنه: أي أضعفه وأخرجه عن حيز الامتناع ثم أصاب سهم الآخر فقتله

---

(١) تقدم في الذبائح

(٢) جيد. أخرجه أبو داود ٢٨٥٨ والترمذي ١٤٨٠ والدارقطني ٤/ ٢٩٢ والحاكم ٤/ ٢٣٩ كلهم من حديث أبي واقد الليثي، وإسناده جيد رجاله ثقات. وقد صححه الحاكم، وأقره الذهبي.

وأخرجه الحاكم ٤/ ٢٣٩ من حديث أبي سعيد وصححه على شرطهما، وأقره الذهبي وهو كما قالا. وله طرق أخرى، وشواهد، وقد تقدم في الطهارة في حكم جلود الميتة.

والأكثر مما يلي العجز أو قطع نصف رأسه أو أكثر منه يحل المبان والمبان منه) لأن المبان منه حي صورة لا حكماً، إذ لا يتوهم بقاء الحياة بعد هذا الجرح، والحديث وإن تناول السمك وما أبين منه فهو ميت، إلا أن ميتته حلال بالحديث الذي رويناه(١) **(ولو ضرب عنق شاة فأبان رأسها يحل لقطع الأوداج)** ويكره هذا الصنيع لإبلاغه النخاع، وإن ضربه من قبل القفا، إن مات قبل قطع الأوداج لا يحل، وإن لم يمت حتى قطع الأوداج حل. **(ولو ضرب صيداً فقطع يداً أو رجلاً ولم يبنه؛ إن كان يتوهم الالتئام والاندمال فإذا مات حل أكله)** لأنه بمنزلة سائر أجزائه، وإن كان لا يتوهم بأن بقي متعلقا بجلده حل ما سواه لوجود الإبانة معنى والعبرة للمعاني. قال: **(ولا يؤكل صيد المجوسي والمرتد والوثني)** لأنهم ليسوا من أهل الذكاة على ما بيناه في الذبائح، ولا بد منها في إباحة الصيد بخلاف النصراني واليهودي لأنهما من أهل الذكاة اختياراً فكذا اضطرار. قال: **(ومن رمى صيدا فأصابه ولم يثخنه ولم يخرجه عن حيز الامتناع فرماه آخر فقتله فهو للثاني ويؤكل)** لأنه هو الآخذ، وقد قال عليه الصلاة والسلام «الصيد لمن أخذ»(٢) **(وإن كان الأول أثخنه فرماه الثاني فقتله فهو للأول ولم يؤكل)** لاحتمال الموت بالثاني، وهو ليس بذكاة للقدرة على ذكاة الاختيار، بخلاف الوجه الأول، وهذا إذا كان الرمي الأول بحال ينجو منه الصيد لأنه حينئذٍ يكون الموت مضافاً إلى الرمي الثاني. وأما إذا كان الأول بحال لا يسلم منه الصيد بأن لا يبقى فيه من الحياة إلا بقدر ما يبقى في المذبوح، كما إذا أبان رأسه يحلّ لأن الموت لا يضاف إلى الرمي الثاني لأن وجوده وعدمه بمنزلة. وإن كان الرمي الأول بحال لا يعيش منه الصيد إلا أنه بقي فيه من الحياة أكثر مما يكون بعد الذبح بأن كان يعيش يوماً أو دونه؛ فعلى قول أبي يوسف لا يحرم بالرمي الثاني، لأن هذا القدر من الحياة لا عبرة بها عنده. وعند محمد يحرم لأن هذا القدر من الحياة معتبر عنده على ما عرف من مذهبه. فصار الجواب فيه والجواب فيما إذا كان

الفقهاء وكتب أصحابنا لكنها مخالفة في الظاهر لما تقرر في أصول أئمتنا أن حكم المطلق أن يجري على إطلاقه، كما أن المقيد يجري على تقييده فتأمل في التوفيق قوله: **(قال رضي الله عنه: تأويله إذا علم أن القتل حصل بالثاني بأن كان الأول بحال يجوز أن يسلم الصيد منه إلخ)** أقول: لقائل أن يقول: تأويل المسألة بما ذكره بعد أن أوّلها مرة فيما قبل وهذا إذا كان الرمي الأول بحال ينجو منه الصيد يرى مستدركاً، لأن مجموع التأويلين متعلق بمسألة واحدة مذكورة في مختصر القدوري وهي قوله وإن كان الأول اثخنه فرماه الثاني فقتله لم يؤكل. والثاني ضامن لقيمته

فهو للأول، وحل أكله عندنا، خلافاً لزفر. هو يعتبر حالة الاتصال والسهم الثاني أصابه وهو غير ممتنع فصار كما لو رمى شاة، ونحن نعتبر للحل حالة الإرسالة لأن الإصابة بالمحل تبيحه ولهذا تعين التسمية حالة الإرسال والإرسال قد حصل منهما والمحل صيد فلم يتعلق بالثاني حظر، وللملك حالة الاتصال لأن الملك يتصل بالمحل، وسهم الأول أخرجه عن حيز الامتناع فملكه قبل أن يتصل به الثاني، وإن لم يثخنه فهو للثاني وهو ظاهر، وإن رماه الثاني بعد ما رماه الأول قبل أن يصيب سهمه وهو الأول من القسم الثاني فحكمه حكم ما لو رمياه معاً هو لهما وحل أكله. وأما المذكور في الكتاب فقد أمعن المصنف في بيانه، ونشير إلى بعض ألفاظه إن خفي. فقوله: **(هذا)** إشارة إلى قوله ولم يؤكل. وقوله: **(وإن علم أن الموت**

قوله: **(فإن أصاب، فإما أن يثخنه قبل إصابة الثاني أو لا والثاني كذلك)** أقول: يعني إذا رميا متعاقباً قوله: **(اعتبارا بحال الرمي)** أقول: اعتبار حالة الرمي هنا ليس لأنه لو اعتبر حالة الاتصال لم يحل فإنه في تلك الحالة أيضاً صيد مباح، بل لكون المنظور عند الثلاثة ذلك لدليل ساقهم إليه كما يذكره قوله: **(هو يعتبر حالة الاتصال)** أقول: يعني الاتصال بالمحل قوله: **(والمحل صيد)** أقول: الواو حالية قوله: **(وللملك حالة الاتصال)** أقول: عطف على قوله للحل في قوله ونحن نعتبر للحل قوله: **(وسهم الأول أخرجه)** أقول: الواو حالية

---

(١) مراده حديث: هو الطهور ماؤه الحل ميتته اهـ يعني البحر.
قلت: وهذا تقدم في المياه.

(٢) لا أصل له. قال الزيلعي في نصب الراية ٣١٨/٤ ـ ٣١٩: غريب. ثم ذكر الزيلعي قصة غريبة حيث قال: وجدتها في كتاب التذكرة لأبي عبد الله محمد بن حمدون، وفيها هذا الخبر. وسكت عليه الزيلعي. وتعقبه ابن حجر في الدراية ٢/٢٥٦: فقال: هذه الحكاية والحديث لم أجد له أصلاً.

الأول بحال لا يسلم منه الصيد سواء فلا يحل. قال: **(والثاني ضامن لقيمته للأول غير ما نقصته جراحته)** لأنه بالرمي أتلف صيداً مملوكاً له لأنه ملكه بالرمي المثخن وهو منقوص بجراحته، وقيمة المتلف تعتبر يوم الإتلاف، قال رضي الله عنه: تأويله إذا علم أن القتل حصل بالثاني بأن كان الأول بحال يجوز أن يسلم الصيد منه والثاني بحال لا يسلم الصيد منه ليكون القتل كله مضافاً إلى الثاني وقد قتل حيواناً مملوكاً للأول منقوصاً بالجراحة فلا يضمنه كملا، كما إذا قتل عبداً مريضاً وإن علم أن الموت يحصل من الجراحتين أو لا يدري. قال في الزيادات: يضمن الثاني ما نقصته جراحته ثم يضمنه نصف قيمته مجروحاً بجراحتين ثم يضمن قيمة لحمه، أما الأول فلأنه جرح حيوانا مملوكا للغير وقد نقصه فيضمن ما نقصه أولاً. وأما الثاني فلأن الموت حصل بالجراحتين فيكون هو متلفاً نصفه وهو مملوك لغيره فيضمن نصف قيمته مجروحا بالجراحتين. لأن الأولى ما كانت بصنعه والثانية ضمنها مرة فلا يضمنها ثانياً، وأما الثالث فلأن بالرمي الأول صار بحال يحل بذكاة الاختيار لولا رمي الثاني، فهذا بالرمي الثاني أفسد عليه نصف اللحم فيضمنه، ولا يضمن النصف الآخر لأنه ضمنه مرة فدخل ضمان اللحم فيه، وإن كان رماه الأول ثانياً فالجواب في حكم الإباحة كالجواب فيما إذا كان الرامي غيره، ويصير كما إذا رمى صيداً على قمة جبل فاثخنه ثم رماه ثانياً فأنزله لا يحل لأن الثاني محرم، كذا هذا، قال: **(ويجوز اصطياد ما يؤكل لحمه من**

للأول غير ما نقصته جراحته انتهى. فلما أوّل المصنف قوله لم يؤكل بما إذا كان الرمي الأول بحال ينجو منه الصيد تعين أن يكون أيضاً قوله والثاني ضامن لقيمته للأول غير ما نقصته جراحته فيما إذا كان الرمي الأول بحال ينجو منه الصيد، لأن قوله والثاني ضامن لقيمته للأوّل فرع قوله لم يؤكل، فما هو شرط في الأصل شرط في الفرع أيضا. وإذا علم أن الرمي الأوّل كان بحال ينجو منه الصيد علم أن القتل حصل بالرمي الثاني فلا حاجة إلى التأويل الثاني. ثم أقول: في الجواب: إن كون الرمي الأول بحال ينجو منه الصيد إنما يقتضي أن لا يحصل القتل بالرمي الأول فقط، ولا يقتضي أن يحصل القتل بالرمي الثاني وحده لجواز أن يحصل من اجتماع الرميين، إذ قد يكون في حالة الاجتماع ما لا يكون في حالة الانفراد ومراد المصنف بالتأويل الثاني التقييد بما علم كون القتل حاصلاً الثاني وحده، والمقصود منه الاحتراز عما ذكره بقوله وإن علم إن الموت حصل من الجراحتين أو لا يدري، ولا يفيد التأويل الأول هذا التقييد لأن القيد الذي ذكره أولاً أعم تحققاً من القيد الذي ذكره ثانياً لتناوله صورة أن يحصل القتل من مجموع الرميين كما يتناول صورة أن يحصل بالرمي الثاني وحده، وإنما المقصود من التأويل الأول الاحتراز عما إذا كان الرمي الأول بحال لا يسلم منه الصيد بأن لا يبقى فيه من الحياة إلا بقدر ما يبقى في المذبوح،

حصل من الجراحتين أو لا يدري قال في الزيادات الخ) بيان لحكم الضمان ولم يذكر حكم الحل. وحكمه أنه لم يؤكل لأن إحدى الرميتين تعلق بها حظر والأخرى تعلق بها الإباحة، وإنما لم يذكره المصنف لأنه يعمل من ضمان اللحم، وإنما كان حكم صوره الجهالة وهي أن لا يدري أن الموت حصل بأيهما كصورة العلم بذلك، لأن كل واحد من الجراحتين سبب للقتل ظاهراً فيضاف إليهما. قيل كان الواجب أن يسقط عنه ضمان نقصان الجراحة لدخوله تحت ضمان نصف القيمة، وهو فاسد

(قوله وإن لم يثخنه) أقول: معطوف على قوله فأثخنه: أي أضعفه الخ قوله: **(فحكمه حكم ما لو رمياه معاً هو لهما وحل أكله)** أقول لا بد ها هنا من تفصيل، فإن ما ذكره إذا أصاب السهمان معاً، وأما إذا أصاب الثاني بعد إصابة الأول فإما أن أثخنه الأول أو لم يثخنه قال المصنف: **(وأما إذا كان الأول بحال لا يسلم منه الصيد بأن لا يبقى فيه من الحياة إلا بقدر ما يبقى في المذبوح)** أقول: الأظهر أن يقول: فإن لم يبق فيه من الحياة إلا بقدر ما يبقى في المذبوح يحل الخ. وإن بقي فيه أكثر مما يبقى في المذبوح الخ فإن ما ذكره بقوله بأن لا يبقى الخ تفصيل لقوله أما إذا كان الأول بحال لا يسلم منه الصيد كما لا يخفى.

قال المصنف: **(وإن علم أن الموت حصل من الجراحتين أو لا يدري)** أقول: هذا يوهم أن بين المسألتين فرقاً: أعني بين ما إذا

الحيوان وما لا يؤكل) لإطلاق ما تلونا، والصيد لا يختص بمأكول اللحم. **قال قائلهم:**

صيد الملوك أرانب وثعالب وإذا ركبت فصيدي الأبطال

ولأن صيده سبب للانتفاع بجلده أو شعره أو ريشه أو لاستدفاع شرّه وكل ذلك مشروع.

وعما إذا كان الرمي الأول بحال لا يعيش منه الصيد إلا أنه يبقى فيه من الحياة أكثر مما يكون بعد الذبح كما فصله من قبل، فلا استدراك أصلاً بل أصاب كل من التأويلين مجراه.

لأن ضمان نقصان الجراحة إنما هو بسبب قبل سبب ضمان نصف القيمة فكيف يدخل فيه. وقوله: **(وإن كان رماه الأول ثانياً)** يعني أن ما تقدم كان فيما إذا كان الرامي الثاني غير الرامي الأول، وهذا فيما إذا رماه الأول ثانياً. قوله: **(فالجواب في حكم الإباحة الخ)** يعني لا في حكم الضمان، لأن الإنسان لا يضمن ملك نفسه بفعله لنفسه، والباقي واضح.

حصل القتل بالثاني وحده أو بينهما وليس كذلك، بل لا فرق بينهما لأنه في الموضوعين يضمن الثاني جميع قيمته غير ما نقصته جراحة الأول، إلا أنه بين في المسألة الأولى جميع الحاصل، وفي الثانية بين طريق الضمان نقل ذلك عن قاضيخان: أي عدم الفرق بين المسألتين، إلى آخر ما ذكره الإمام الزيلعي فراجعه قال المصنف: **(قال قائلهم:**

صيد الملوك أرانب وثعالب وإذا ركبت فصيدي الأبطال)

أقول: البيت لعنترة العبسي وهو جاهلي، وهم كانوا يأكلون الثعالب وما هو شر منها، فإن كان استدلاله بها ففي تحريم أكل الثعلب خلاف بين علماء المسلمين، فقد ذهب الشافعي وغيره إلى القول بحله. وإن كان استدلاله بصيد الأبطال فقتل الأبطال لا يسمى صيداً إلا بقرينة فهو مجاز، وذلك بمنزلة تسمية الشجاع أسداً، ولا يصلح الاستدلال به على أن الصيد لا يختص بمأكول اللحم.

كتاب الرهن

الرهن لغة: حبس الشيء بأيّ سبب كان. وفي الشريعة: جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون، وهو مشروع بقوله تعالى ﴿فرهان مقبوضة﴾ وفيما روي «أنه عليه الصلاة والسلام اشترى من يهودي طعاماً ورهنه به درعه»[١] وقد انعقد على ذلك الإجماع، ولأنه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف

كتاب الرهن

مناسبة كتاب الرهن لكتاب الصيد من حيث أن كل واحد من الرهن والاصطياد سبب لتحصيل المال كذا في الشروح، أقول: يرد على ظاهر هذا التوجيه أن المناسبة المذكورة متحققة بين ما ذكر في كثير من الكتب السابقة واللاحقة فلا تكون مرجحة لإيراد كتاب الرهن عقيب كتاب الصيد والجواب أن المراد أن هذه المناسبة مع ملاحظة المناسبات المذكورة في الكتب السابقة واللاحقة تقتضي إيراد كتاب الرهن عقيب كتاب الصيد، وإلا يلزم تفويت تلك المناسبات فتكون مرجحة مع تلك الملاحظة، وقد نبهت على هذه النكتة غير مرة في نظائر هذا المقام فلا تغفل. ثم من محاسن الرهن حصول النظر لكل من جانبي الدائن والمديون كما فصل في النهاية ومعراج الدراية. وسببه ما ذكر في سائر المعاملات من تعلق البقاء المقدر بتعاطيه، وأما تفسيره لغة وشريعة وركنه وشرط جوازه وشرط لزومه ودليل مشروعيته وحكمه فيجيء كل ذلك في الكتاب شيئاً فشيئاً صراحة أو إشارة فتنبه له في موضعه إن شاء الله تعالى قوله: **(الرهن في اللغة حبس الشيء بأيّ سبب كان. وفي الشريعة جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون)** قال بعض الفضلاء، هذا تعريف الرهن التام أو اللازم، وإلاّ ففي انعقاد الرهن لا يلزم الحبس بل ذلك بالقبض انتهى. أقول: ليس هذا بسديد، إذ لا شك أنه يتحقق بانعقاد الرهن معنى جعل الشيء محبوساً بحق، إلا أن للعاقد الرجوع عنه ما لم يقبض المرتهن الرهن فقبل القبض يوجد معنى الحبس، ولكن لا يلزم ذلك إلا بعد القبض، والمأخوذ من التعريف المذكور في الكتاب للرهن إنما هو نفس الحبس لا لزومه،

كتاب الرهن

وجه مناسبة كتاب الرهن لكتاب الصيد من حيث كونهما سببين لتحصيل المال، ومن محاسنه حصول النظر لجانب الدائن والمديون. وسببه ما ذكرناه غير مرة. وشرط جوازه وتفسيره ومشروعيته وحكمه مذكور في الكتاب، وسنذكره شيئاً فشيئاً، أما تفسيره فما ذكره **(الرهن لغة حبس الشيء بأيّ سبب كان، وفي الشريعة جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفاؤه منه)** أي استيفاء الحق من الرهن بمعنى المرهون **(كالديون)** وهو احتراز عن ارتهان الخمر وعن الرهن عن الحدود والقصاص. وأما مشروعيته فبقوله تعالى: ﴿فرهان مقبوضة﴾ وهو جمع رهن كعباد في جمع عبد، وبما روي «أنه ﷺ اشترى من يهوديّ طعاماً ورهنه درعه». وبالإجماع فإن الأمة اجتمعت على جوازه من غير نكير، بالمعقول وهو أنه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب، وتقريره أن للدين طرفين: طرف الوجوب وطرف الاستيفاء، لأنه يجب أولاً في الذمة ثم

كتاب الرهن

قال المصنف: **(وفي الشريعة جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون)** أقول: هذا تعريف الرهن التام أو اللازم وإلا ففي انعقاد الرهن لا يلزم الحبس، بل ذلك بالقبض، والكاف في قوله كالديون مقحم إن كان الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها رهناً

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٠٦٨ و ٢٠٩٦ و ٢٢٥٢ و ٢٣٨٦ و ٢٥٠٩ ومسلم ١٦٠٣ ح ١٢٦ وابن حبان ٥٩٣٨ والبيهقي ٦/ ١٩ كلهم من حديث عائشة «قالت: إشترىٰ رسول الله ﷺ من يهودي طعاماً إلىٰ أجل، ورهنه درعاً له من حديد» ورواية ابن حبان: «إلى سنة» بدل إلى أجل».
وورد بلفظ آخر أخرجه البخاري ٢٢٠٠ ومسلم ١٦٠٣ والنسائي ٧/ ٢٨٨ وابن ماجه ٢٤٣٦ وابن الجارود ٦٦٤ وابن حبان ٥٩٣٦ وابن أبي شيبة ٦/ ١٦ وعبد الرزاق ١٤٠٩٤ وأحمد ٦/ ٤٢ . ١٦٠ . ٢٣٠ كلهم عن الأسود عن عائشة.
ومن حديث أنس أخرجه البخاري ٢٠٦٩ و ٢٥٠٨ والترمذي ١٢١٥ والنسائي ٧/ ٢٨٨ وابن حبان ٥٩٣٧ وأبو يعلى ٣٠٦١ وأحمد ٣/ ١٣٣ . ٢٠٨ وابن ماجه ٢٤٣٧ من طرق عن قتادة عن أنس بنحو حديث عائشة، والقصة واحدة.

الوجوب وهي الكفالة. قال: **(الرهن ينعقد بالإيجاب والقبول ويتم بالقبض)** قالوا: الركن الإيجاب بمجرده لأنه عقد تبرّع فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة. والقبض شرط اللزوم على ما نبينه إن شاء الله تعالى. وقال مالك: يلزم بنفس

فيصدق هذا التعريف على الرهن قبل تمامه ولزومه أيضا بلا ريب. ثم إن الإمام النسفي لما قال في الكنز: هو حبس شيء بحق يمكن استيفاؤه منه كالدين، قال الزيلعي في شرحه، هذا حدّه في الشرع، ثم قال: وقوله كالدين إشارة إلى أن الرهن لا يجوز إلا بالدين لأنه هو الحق الممكن استيفاؤه من الرهن لعدم تعينه انتهى. أقول: فيه نظر، لأن الظاهر المتبادر من الكاف في قوله كالدين أن يجوز الرهن بغير الدين أيضا، فإن لم يكن في قوله كالدين إشارة إلى جواز الرهن بغير الدين أيضا فلا أقل من أن لا يكون فيه إشارة إلى انحصار ما يجوز الرهن به في الدين فلا وجه لقول الزيلعي قوله كالدين إشارة إلى أن الرهن لا يجوز إلا بالدين قوله: **(الرهن ينعقد بالإيجاب والقبول)** قال في العناية: ركن الرهن الإيجاب وهو قول الراهن رهنتك هذا المال بدين لك عليّ وما أشبهه، والقبول وهو قول المرتهن قبلت لأنه عقد والعقد ينعقد بالإيجاب والقبول، وعلى ذلك عامة المشايخ انتهى، وأورد بعض الفضلاء على قوله لأنه عقد والعقد ينعقد بالإيجاب والقبول بأن قال: هذا منقوض بعقد التبرعات، وقال: إلا أن يخص العقد في الصغرى بما سوى التبرّع. أقول: ليس شيء من إيراده وتوجيهه بمستقيم. أما الأول فلأن من يقول من المشايخ بأن القبول هل هو ركن كالإيجاب أم لا؟ ليس بمختص بعقد الرهن بل يعم سائر التبرعات أيضاً من العقود كالهبة والصدقة كما مر في أوائل كتاب الهبة، فلا انتقاض بشيء على أصل من يقول من المشايخ بأن القبول ركن في كل عقد، وقول القدوري الرهن ينعقد بالإيجاب والقبول وتعليل صاحب العناية إياه بقوله لأنه عقد والعقد ينعقد بالإيجاب والقبول مبني على أصل هؤلاء المشايخ. وأما قول سائر المشايخ فقد ذكره المصنف بقوله قالوا: الركن بالإيجاب بمجرده لأنه عقد تبرّع فيتمّ بالمتبرع، وأوضحه صاحب العناية في شرحه. وأما الثاني فلأنه لو خص العقد في الصغرى بما سوى التبرع صار المعنى لأنه أي الرهن عقد غير تبرع، وكل عقد غير تبرع ينعقد بالإيجاب والقبول، ولا شك أن الصغرى تصير حينئذٍ كاذبة إذ لم يقل أحد بأن عقد الرهن ليس بعقد تبرع، بل أطبقت كلماتهم على أنه عقد تبرع فلا صحة للتخصيص بما سوى التبرع قوله: **(قالوا: الركن الإيجاب بمجرده لأنه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة)** قال صاحب العناية في حل هذا التعليل: لأنه عقد تبرع، وكل ما هو كذلك يتم بالمتبرع، فالرهن يتم بالمتبرع، أما أنه تبرع فلأن الراهن لم يستوجب بإزاء ما أثبت للمرتهن من اليد شيئاً عليه، ولا

يستوفي المال بعد ذلك، ثم الوثيقة لطرف الوجوب الذي يختص بالذمة وهي الكفالة جائزة، فكذا الوثيقة التي تختص بالمال، بل بطريق الأولى لأن الاستيفاء هو المقصود والوجوب وسيلة إليه. قال: **(الرهن ينعقد بالإيجاب والقبول)** ركن الرهن الإيجاب، وهو قول الراهن رهنتك هذا المال بدين لك عليّ وما أشبهه. والقبول: وهو قول المرتهن قبلت، لأنه عقد والعقد ينعقد بالإيجاب والقبول، وعلى ذلك عامة المشايخ **(قالوا)** أراد به شيخ الإسلام خواهر زاده **(الركن بالإيجاب بمجرده لأنه عقد تبرّع، وكل ما هو كذلك يتم بالمتبرّع)** فالرهن يتم بالمتبرع، أما أنه عقد تبرع فلأن الراهن لم يستوجب بإزاء ما أثبت

بالدين، وإلا فلا إقحام. وسيجيء التفصيل في الورق الآتي قوله: **(لأنه عقد، والعقد ينعقد بالإيجاب والقبول)** أقول: منقوض بعقد التبرعات، إلا أن يخص العقد في الصغرى بما سوى التبرع، وسيجيء تحقيقه من الشارح قال المصنف: **(لأنه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة)** أقول: في أول كتاب الهبة أنها تصح بالإيجاب والقبول، وعلله المصنف بأنه عقد والعقد ينعقد بالإيجاب والقبول فليتأمل قوله: **(ما أثبت للمرتهن من اليد شيئاً عليه)** أقول: ضمير عليه راجع إلى المرتهن قوله: **(وفيه نظر لأنه استوجب عليه صيرورته الخ)** أقول: ضمير لأنه راجع إلى الراهن، وضمير عليه وصيرورته راجعان إلى المرتهن قوله: **(وهو مال لرواية عامة الكتب. قال محمد: لا يجوز الرهن إلا مقبوضاً)** أقول: سبق في كتاب الهبة أن رسول الله ﷺ قال «لا تجوز الهبة إلا مقبوضة» والقبض ليس بشرط الجواز في الهبة فليكن هنا كذلك فليتأمل قوله: (كما في قوله تعالى: **﴿فمن كان منكم مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر﴾**) أقول: فإن التقدير فصوم عدة.

العقد لأنه يختص بالمال من الجانبين فصار كالبيع، ولأنه عقد وثيقة فأشبه الكفالة. ولنا ما تلونا، والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الأمر. ولأنه عقد تبرّع لما أن الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئاً

نعني بالتبرع إلا ذلك، وأما أنّ كل ما هو كذلك يتم بالمتبرع فكالهبة والصدقة، وقال: فيه نظر، لأنه استوجب عليه صيروته مستوفياً لدينه عند الهلاك. والجواب أن المراد بالاستيجاب ما يكون ابتداء والرهن ليس كذلك انتهى. أقول: في الجواب بحث: لأن الراهن إن لم يستوجب شيئا على المرتهن ابتداء فقد استوجب عليه شيئا في البقاء وهو صيرورة المرتهن مستوفياً لدينه عند الهلاك، فلم يكن الرهن عقد تبرع من كل وجه، بل كان فيه معنى المعاوضة من وجه حيث صار المرتهن مستوفياً لدينه عند هلاك الرهن في يده فينبغي أن لا يتم بايجاب الراهن وحده. بل لابد أن يتوقف على قبول المرتهن أيضا حتى يتم جعلنا إياه مستوفياً لدينه حكماً عند الهلاك كما هو مذهبنا على ما سيجيء تفصيله فليتأمل قوله: **(والقبض شرط اللزوم على ما نبينه)** قال في العناية: كأنه تفسير لقول القدوري ويتم بالقبض فيكون الرهن قبل القبض جائزاً وبه يلزم، وهو أيضاً اختيار شيخ الإسلام، وهو مخالف لرواية عامة الكتب. قال محمد: لا يجوز الرهن إلا مقبوضاً. وقال الحاكم في الكافي: لا يجوز الرهن غير مقبوض، وقال الطحاوي في مختصره: ولا يجوز إلا مقبوضاً مفرغاً محوزاً. وقال الكرخي في مختصره: قال أبو حنيفة وزفر وأبو يوسف ومحمد والحسن بن زياد: لا يجوز الرهن إلا مقبوضا، إلى هنا لفظ العناية. وقصد بعض الفضلاء دفع مخالفة ما في الكتاب لرواية عامة الكتب فقال: سبق في كتاب الهبة أن رسول الله ﷺ قال: «لا تجوز الهبة إلا مقبوضة»[1] والقبض ليس بشرط الجواز في الهبة فليكن هنا كذلك فليتأمل انتهى. أقول: هذا قياس مع الفارق، إذ قد دعت الضرورة هناك إلى صرف نفي الجواز عن ظاهره، إذ الجواز قبل القبض ثابت هناك بالإجماع، فحملنا نفي الجواز بدون القبض في قوله عليه الصلاة والسلام «لا تجوز الهبة إلا مقبوضة»[2] على نفي ثبوت حكم الهبة وهو الملك للموهوب له. وأما هنا فلا ضرورة ولا مجال للحمل على نفي ثبوت الملك للمرتهن بدون القبض وثبوته له بالقبض كما هو موجب النفي والاستثناء، إذ ليس حكم الرهن ثبوت الملك للمرتهن بحال أصلاً فبقي نفي الجواز ها هنا على ظاهره. قوله: **(ولنا ما تلونا، والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الأمر)** نظيره قوله تعالى ﴿فضرب الرقاب﴾ أي فاضربوها وقوله تعالى ﴿فتحرير رقبة مؤمنة﴾ أي فليحرروها وقوله تعالى ﴿فعدّة من أيام أخر﴾ بتقدير فصوم عدة من أيام أخر: أي فليصم عدة من أيام أخر، فكان المصدر فيما تلونا ها هنا أيضا وهو قوله تعالى ﴿فرهان مقبوضة﴾ بمعنى الأمر: أي فارهنوا وارتهنوا، ثم لما كان بمعنى الأمر ولم يعمل بموجب الأمر الذي هو الوجوب واللزوم في حق نفس الرهن حيث لم يجب الرهن على المديون بالإجماع وجب أن يعمل به في

للمرتهن من اليد شيئاً عليه، ولا نعني بالتبرع إلا ذلك. وأما أن كل ما هو كذلك يتم بالمتبرع فكالهبة والصدقة، وفيه نظر لأنه استوجب عليه صيرورته مستوفياً لدينه عند الهلاك. والجواب أن المراد بالاستيجاب ما يكون ابتداء والرهن ليس كذلك. قوله: **(والقبض شرط اللزوم)** كأنه تفسير لقول القدوري ويتم بالقبض فيكون الرهن قبل القبض جائزاً وبه يلزم، وهو أيضاً اختيار شيخ الإسلام وهو مخالف لرواية عامة الكتب. قال محمد: لا يجوز الرهن إلا مقبوضاً. وقال الحاكم الشهيد في الكافي: لا يجوز الرهن غير مقبوض. وقال الطحاوي في مختصره: لا يجوز الرهن إلا مقبوضاً مفرغاً محوزاً. وقال الكرخي في مختصره: قال أبو حنيفة وزفر وأبو يوسف ومحمد والحسن بن زياد: لا يجوز الرهن إلا مقبوضاً. وقال مالك: يلزم الرهن بنفس العقد لأنه يختص بنفس المال من الجانبين فصار كالبيع، ولأنه عقد وثيقة فلا يكون القبض شرطاً كالكفالة **(ولنا ما تلونا)** من قوله تعالى: **﴿فرهان مقبوضة﴾** والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الأمر كما في قوله تعالى:

---

(١) مقطوع. قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ١٢١: غريب. ورواه عبد الرزاق في آخر الوصايا عن إبراهيم من قوله. وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ١٨٣: لم أجده اهـ. يعني مرفوعاً. ثم ذكر أنه من قول النخعي. فالخبر مقطوع لأنه قول التابعي كما هو مقرر في كتب المصطلح.

(٢) هو قول النخعي وهو المتقدم.

ولهذا لا يجبر عليه فلا بد من إمضائه كما في الوصية وذلك بالقبض، ثم يكتفي فيه بالتخلية في ظاهر الرواية لأنه

شرطه وهو القبض كما قلنا في قوله عليه الصلاة والسلام «الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل»[1] بالنصب: أي بيعوا، فلم يعمل الأمر في نفس البيع لأن البيع مباح غير واجب فصرف إلى شرطه وهو المماثلة في أموال الربا، فكذا هنا، هذا زبدة ما ذكر في جملة الشروح في شرح هذا المقام. ثم إن كثيراً من الشراح استشكلوا كلام المصنف ها هنا، فقال صاحب النهاية: في تسميته الرهان بالمصدر نظر، لأن الرهان جمع رهن كالنعل والنعال والحبل والحبال، كذا في كتب اللغة، ولأن قوله مقبوضة بالتأنيث دالّ على أنه جمع وليس بمصدر، ولو تمحل متمحل بتصحيح ما في الكتاب بقوله تقديره فرهن رهان مقبوضة فكان المصدر محذوفاً فجعل المحذوف بمنزلة الثابت فقال والمصدر المقرون بحرف الفاء، والرهان لما كان مصدراً على قول صاحب الكتاب كان إرادة المرهون به جائزة كالرهن يراد به المرهون، ثم أنث المرهون بتأويل السلعة أو العين فقيل مقبوضة بالتأنيث كما يؤنث الصوت بتأويل الصيحة لكان وجهاً بعيداً، إذ في الأول ورود الإلباس وفي الثاني لا يبقى المصدر بحقيقته والله أعلم، إلى هنا لفظ النهاية، وقال صاحب غاية البيان: وقد سمى صاحب الهداية الرهان مصدراً كما ترى، وكذلك ذكر شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي، ولنا فيه نظر، لأنه خلاف ما ثبت في قوانين اللغة كالجمهرة وديوان الأدب وغيرهما، لأنهم قالوا: الرهان جمع رهن، وجمع الرهن رهون ورهان ورهن بضمتين، والرهينة بمعنى الرهن أيضا وجمعها رهائن. نعم الرهان يجيء مصدراً من قولهم راهنه على كذا: أي خاطره مراهنة ورهاناً من باب المفاعلة، ولكن ليس ذلك مما نحن فيه، ولو كان المصدر هو المراد في الآية لم يحتج في صفة الرهان إلى تاء التأنيث فافهم، إلى هنا لفظه. وقال صاحب الكفاية: في تسميته الرهان بالمصدر نظر. لأن الرهان جمع رهن كالنعل والنعال والحبل والحبال، وقوله مقبوضة بالتأنيث دالّ على أنه جمع وليس بمصدر، وإنما قال: والمصدر المقرون لأن تقديره والله أعلم فرهن رهان مقبوضة انتهى. وقال صاحب معراج الدراية: وفي النهاية: في تسميته الرهان بالمصدر نظر، لأن الرهان جمع رهن كالنعل والنعال هكذا في كتب اللغة، ويدل عليه قوله ﴿مقبوضة﴾ بالتأنيث فدل أنه جمع لا

﴿فمن كان مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر﴾ أي فليصم، وكما في قوله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمناً خطأً فتحرير رقبة مؤمنة﴾ أي فليحرر فيكون تقديره والله أعلم: وإذا كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فارهنوا وارتهنوا، لكن ترك كونه معمولاً به في حق ذلك حيث لم يجب الرهن على المديون ولا قبوله على الدائن بالإجماع فوجب أن يعمل في شرطه وهوالقبض كما في قول ﷺ «الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل» بالنصب: أي بيعوا، فلم يعمل الأمر في نفس البيع لأن البيع مباح فصرف إلى شرطه وهو المماثلة في أموال الربا فكذا هذا. وفيه بحث من أوجه: الأول ما قيل إن المصنف جعل الرهان مصدراً وهو جمع رهن. والثاني أنه يجوز أن يكون الأمر للإباحة بقرينة الإجماع فينصرف إلى الرهن لا إلى القبض. والثالث أن القبض إن كان شرطاً للجواز أو للزوم وسلم ذلك فقد ارتفع النزاع ولا حاجة إلى الدليل. والرابع أن الآية متروكة الظاهر، لأن ظاهرها يدل على أن الرهن إنما يكون في السفر كما قال به مجاهد والضحاك وقد ترك، ومتروك الظاهر لا يصلح حجة. والجواب عن الأول أنه مما يقضي منه العجب لأنه جمع رهن والرهن مصدر فجمعه كذلك، وإسناد ﴿مقبوضة﴾ إلى ضمير المصدر مجاز عقلي كما

قوله: (**الأول ما قيل**) أقول: القائل هو الإتقاني والكاكي قوله: (**ولا حاجة إلى الدليل**) أقول: كيف لا يحتاج إلى الدليل وهي مسألة فرعية لا تسلم إلا عن دليلها من الكتاب أو السنة أو الإجماع أو القياس قوله: (**والجواب عن الأول أنه مما يقضي منه العجب لأنه جمع رهن والرهن مصدر فجمعه كذلك**) أقول: فيه بحث، فإن الذي جمع على رهان هو الرهن بمعنى المرهون، يدل عليه توصيفه بمقبوضة ومجازي الاستعمال أيضاً، ولعل الأولى أن يقال: التقدير فرهن رهان كما في قوله تعالى ﴿فعدة من أيام أخر﴾، وذلك مراد. المصنف ويؤيد ما ذكرناه ما قاله القاضي في تفسيره رهان ورهن كلاهما جمع رهن بمعنى مرهون انتهى. وما قاله الإمام عمر النسفي في

---

(١) تقدم في الربا رواه الجماعة.

قبض بحكم عقد مشروع فأشبه قبض المبيع. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يثبت في المنقول إلا بالنقل لأنه

مصدر، وقال في الفوائد الشاهية: يجوز أن يكون الرهان مصدراً من باب المفاعلة كالقتال والضراب، ومقبوضة صفة لموصوف محذوف وهو فرهان مرهونة مقبوضة، وأنث المرهون بتأويل السلعة أو العين كما يؤنث الصوت بتأويل الصيحة، ويجوز أنث يكون الرهان مصدراً بمعنى المفعول وأنث المرهون لما ذكرنا، ويجوز أن يكون الرهان قائماً مقام مصدر محذوف وهو فرهن رهان مقبوضة فيكون مصدراً تقديراً لا تحقيقاً، إلى هنا كلامه. وأما صاحب العناية فعدّ ما استشكلوه أمراً هيناً وتعجب منه حيث قال: قيل إن المصنف جعل الرهان مصدراً وهو جمع رهن، ثم قال: والجواب عنه أنه مما يقضي منه العجب لأنه جمع رهن والرهن مصدر فجمعه كذلك، وإسناد مقبوضة إلى ضمير المصدر مجاز عقلي كما في: سيل مفعم انتهى. أقول: منشأ مجازفته هذه الغفول عما ذكر في كتب اللغة وكتب التفسير، لأن كون الرهان جمع رهن أمر مقرر، وأما كونه جمع رهن بمعنى المصدر فكلا بل هو جمع رهن بمعنى المرهون. قال في المغرب: والرهن والمرهون والجمع رهون ورهان ورهن. وقال في القاموس: الرهن ما وضع عندك لينوب مناب ما أخذ منك والجمع رهان ورهون ورهن بضمتين. وقال في الصحاح: الرهن معروف، والجمع رهان مثل حبل وحبال، وقال في تفسير القاضي: رهان ورهن كلاهما جمع رهن بمعنى مرهون، وكذا في سائر التفاسير، ثم إن كون إسناد ﴿مقبوضة﴾ إلى ضمير رهان مجازاً عقلياً خلاف الظاهر لا يصار إليه بلا ضرورة داعية إليه وهي منتفية في الآية المزبورة، إذ يصح المعنى ويحسن جداً بحمل الرهان على جمع الرهن بمعنى المرهون كما حمل عليه المفسرون ويكون الإسناد إذ ذاك حقيقياً، فما معنى العدول عنه وبناء استدلالنا بتلك الآية على ما هو خلاف الظاهر وخلاف ما عليه فحول المفسرين. ثم إن تمثيله المجاز الذي ذهب إليه ها هنا بسيل مفعم قبيح جداً، فإن المفعم اسم مفعول أسند إلى الفاعل كما عرف في موضعه وليس مما أسند إلى المصدر، بخلاف ما نحن فيه على ما ذهب إليه، فالمناسب في التمثيل ها هنا أن يقول كما في شعر شاعر على ما ذكر في كتب علم البلاغة. ثم أقول: التوجيهات التي ذكرت في سائر الشروح لتصحيح ما في الكتاب كلها أيضا خلاف الظاهر وخلاف ما عليه جمهور المفسرين، فالإنصاف أن التمسك بمثلها لا يفيد القطع ولا الإلزام على الخصم، ولكن الأقرب والأشبه من بينها أن يكون التقدير فرهن رهان مقبوضة، على أن يكون المصدر المقرون بالفاء محذوفاً كما في قوله تعالى ﴿فعدّة من أيام أخر﴾ فإن التقدير فيه: فصوم عدة من أيام أخر تأمل ترشد قوله: **(ثم يكتفي فيه بالتخلية في ظاهر الرواية، لأنه قبض بحكم عقد مشروع فأشبه قبض المبيع)** قال بعض الفضلاء: هذا منقوض بصورة الصرف، فإنه لا بد من القبض بالبراجم ولا يكتفي بالتخلية مع جريان الدليل إلا أن يثبت رواية كفاية التخلية فيه

في: سيل مفعم. وعن الثاني أن الأمر في الوجوب حقيقة كما عرف، والإجماع لا يصلح قرينة للمجاز لأن المجاز هو اللفظ المستعمل في غير ما وضع له بقرينة والإجماع لم يكن حال استعمال هذا اللفظ، وإعمال الحقيقة في الرهن غير ممكن فصرف إلى القبض. وعن الثالث أن الدليل لإلزام مالك رحمه الله حيث لا يجعله شرط اللزوم ولا الجواز، وذلك أن الله تعالى وصف الرهن بالقبض كما وصف التجارة بالتراضي، والتراضي وصف لازم في التجارة فكذا القبض في الرهن. لا يقال: هذا استدلال بمفهوم الصفة، وهو ليس بصحيح، إما لأن ذلك مذهب الجمهور من أصحابنا فيجوز أن يكون المصنف قد اختاره، وإما لأن عدم الصحة إنما يكون إذا لم تكن الصفة مقصودة، وقد ذكرنا آنفاً أن الوجوب انصرف إليها. وعن الرابع

تفسيره رهان جمع رهن وهو العين المقبوض بالدين توثيقاً له. وما قاله الشيخ النسفي أيضاً في تفسيره: ثم الرهن مصدر والمصادر قد تجعل أسماء ويزول عنها عمل الفعل، فإذا قال: رهنت عند زيد رهناً لم يكن انتصابه انتصاب الصدر بل انتصاب المفعول به، كما يقال رهنت زيداً ثوباً، ولما جعل اسماً جمع كما يجمع الأسماء رهن ورهان انتهى، وهكذا في التفسير الكبير. قال المصنف: **(لأنه قبض بحكم عقد مشروع فأشبه قبض المبيع)** أقول: منقوض بصورة الصرف، فإنه لا بد فيها من القبض بالبراجم ولا يكتفى بالتخلية مع جريان الدليل، إلا أن يثبت رواية كفاية التخلية فيه وركونها مختار المصنف.

قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب، بخلاف الشراء لأنه ناقل للضمان من البائع إلى المشتري وليس بموجب ابتداء والأول أصح. قال: **(وإذا قبض المرتهن محوزاً مفرغاً متميزاً تم العقد فيه)** لوجود القبض بكماله فلزم العقد **(وما لم يقبضه فالراهن بالخيار إن شاء سلمه وإن شاء رجع عن الرهن)** لما ذكرنا أن اللزوم بالقبض إذ المقصود لا يحصل قبله. قال: **(وإذا سلمه إليه فقبضه دخل في ضمانه)** وقال الشافعي رحمه الله: هو أمانة في يده، ولا يسقط

وكونها مختار المصنف انتهى. أقول: الجواب عن هذا النقض هين، فإن التعليل المذكور على موجب القياس ولزوم القبض في الصرف إنما يثبت بالنص وهو قوله ﷺ «يداً بيد»[1] كما تقرّر في محله، والقياس يترك بالنص على ما عرف، بخلاف ما نحن فيه فإنه لم يرد فيه نص يقتضي حقيقة القبض وعدم كفاية التخلية فعملنا فيه بموجب القياس قوله: **(وعن أبي يوسف أنه لا يثبت إلا بالنقل لأنه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب)** قال صاحب العناية: فيه نظر، لأن القبض بعقد التبرّع لم يعهد موجباً للضمان وبين التبرّع والضمان منافاة. ولا بد من الضمان في الرهن عند الهلاك فينتفي التبرع انتهى. أقول: هذا النظر في غاية السقوط، لأن جهة التبرّع في الرهن غير جهة الضمان فيه، فإن جهة التبرع فيه من حيث أنه يجعل محبوساً في يد المرتهن بلا استيجاب شيء عليه بمقابلة ذلك، وجهة الضمان فيه عند الهلاك من حيث أنه يثبت فيه للمرتهن يد الاستيفاء من وجه فيتقرر عند الهلاك فيصير المرتهن بذلك مستوفياً لدينه كما ستطلع على بيانه. والمنافاة بين التبرع والضمان إنما تلزم أن لو كانا من جهة واحدة وليس فليس. والعجب من صاحب العناية أنه كيف خفي عليه هذا المعنى مع ظهوره مما سيأتي في الكتاب من تفصيل دليلنا العقلي على مسألة أنه إذا سلم الراهن المرهون إلى المرتهن دخل في ضمانه قوله: **(فإذا قبضه المرتهن محوزاً مفرغاً مميزاً تم العقد فيه)** قال صاحب العناية في شرح هذا المقام: قد ثبت أن القبض منصوص عليه وقد تقدم في الهبة أن المنصوص معتنى بشأنه وذلك يقتضي الكامل، والكامل في القبض هو أن يكون الرهن محوزاً مفرغاً متميزاً

بأنا لا نسلم أن متروك الظاهر بدليل ليس بحجة، لأن النصوص المؤوّلة متروكة الظاهر وهي عامة الدلائل، هذا ما سنح لي في هذا الموضع والله أعلم. وقوله: **(ولأنه عقد تبرّع)** دليل معقول على اشتراط القبض وهو واضح. قوله: **(ثم يكتفي فيه بالتخلية)** يريد بها رفع المانع، ووجه ظاهر الرواية واضح. وقوله: **(لأنه)** أي قبض الرهن **(قبض موجب للضمان ابتداء)** لأنه لم يكن مضموناً على الراهن قبل القبض حتى ينتقل الضمان منه إلى المرتهن. وكل قبض هذا شأنه لا يكتفي فيه بالتخلية كما في الغصب، فإن المغصوب لا يصير مضموناً بدون النقل فكذلك المرهون، وفيه نظر لأن القبض بعقد التبرع لم يعهد موجباً للضمان وبين التبرع والضمان منافاة، ولا بد من الضمان في الرهن عند الهلاك فينتفي التبرع فلا ينعقد الرهن إلا بالإيجاب والقبول، وعلى ذلك رواية الكتب كالمنتقى والمحيط وغيرهما **(بخلاف الشراء)** جواب عن قياس وجه الظاهر بأن القبض في

قوله: **(لأنه لم يكن مضموناً على الراهن قبل العقد)** أقول: الأولى أن يقال قبل القبض قوله: **(وما ثبت به الأقوى يثبت به الأدنى)** أقول: لم لا يجوز أن يحتاج الأدنى لضعفه إلى ما يقويه ويؤكده قوله: **(فلا يكاد يبين)** أقول: فيه بحث قوله: **(محوزاً احتراز عن رهن الثمر على رؤوس النخل بدونها. وقوله مفرغاً احتراز عن عكسه. وقوله متميزاً احتراز عن الشيوع في الرهن)** أقول: قال صدر الشريعة في شرحه للوقاية: فقبض محوزاً: أي مقسوماً غير شائع مفرغاً: أي غير مشغول لحق الراهن حتى لا يجوز رهن الأرض بدون النخل والشجرة بدون الثمر، ودار فيها متاع الراهن بدون المتاع مميزاً: أي إن كان متصلاً بحق الراهن خلقة كالثمر على الشجر يجب أن يميز ويفصل عنه، فالمفرغ والمميز يتعلق بالمحل فيجب فراغه عما حل فيه، وهو ليس بمرهون، سواء كان اتصاله به خلقة أو مجاورة، والمميز يتعلق بالحاصل في المحل فيجب انفصاله عن محل غير مرهون إذا كان اتصاله به خلقة، حتى لو كان اتصاله بالمجاورة لا يضر كرهن المتاع الذي في بيت الراهن انتهى فتأمل التغاير بين التفسيرين.

---

(١) تقدم في الربا. رواه الجماعة.

شيء من الدين بهلاكه لقوله عليه الصلاة والسلام «لا يغلق الرهن، قالها ثلاثة، لصاحبه غنمه وعليه غرمه»[1]. قال: ومعناه لا يصير مضموناً بالدين، ولأن الرهن وثيقة بالدين فبهلاكه لا يسقط الدين اعتباراً بهلاك الصك. وهذا لأن بعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة، والسقوط بالهلاك يضادّ ما اقتضاه العقد إذا لحق به يصير بعرض الهلاك وهو ضد الصيانة. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام للمرتهن بعد ما نفق فرس الرهن عنده «ذهب حقك»[2] وقوله عليه الصلاة والسلام «إذا غمي الرهن فهو بما فيه»[3] معناه: على ما قالوا إذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك. وإجماع الصحابة والتابعين رضي الله عنهم على أن الرهن مضمون مع اختلافهم في كيفيته، والقول بالأمانة خرق له، والمراد بقوله عليه الصلاة والسلام «لا يغلق الرهن»[4] على ما قالوا الاحتباس الكلي والتمكن بأن يصير مملوكاً له. كذا ذكر الكرخي عن السلف ولأن الثابت للمرتهن يد الاستيفاء وهو ملك اليد والحبس، لأن الرهن ينبىء عن الحبس

فيجب ذلك انتهى. أقول: لقائل أن يقول: هذا البسط والتقرير يقتضي أن لا يثبت القبض بالتخلية في باب الرهن، بل يجب أن يضع المرتهن يده حقيقة على المرهون، إذ لا شك أن الكامل في القبض هو الثاني، وهذا خلاف ما تقرر في ظاهر الرواية وخلاف ما هو المختار في عامة المعتبرات قوله: (لأن الرهن ينبيء عن الحبس الدائم قال الله

الشراء ناقل للضمان من البائع إلى المشتري لكون المبيع بعد العقد قبل التسليم إلى المشتري مضموناً على البائع بالثمن، وبالتسليم إليه ينتقل الضمان منه إليه فلم يكن مضموناً على القابض ابتداء. وقوله: (والأول) أي وجه الظاهر (أصح) لأن الرهن توثقة لجهة الاستيفاء، وحقيقة الاستيفاء تثبت بالتخلية بأن يخلي الراهن بين المرتهن ودينه فكذلك جهته، إذ الحقيقة

---

(١) حسن. أخرجه الشافعي ٢/ ١٦٤ وابن ماجه ٢٤٤١ والحاكم ٢/ ٥١ ـ ٥٢ والدارقطني ٣/ ٣٣ من طرق عن الزهري عن ابن المسيب عن أبي هريرة مرفوعاً.

وأخرجه ابن حبان ٥٩٣٤ والدارقطني ٣/ ٣٢ والحاكم ٢/ ٥١ والبيهقي ٦/ ٣٩ من طرق عن ابن عيينة عن زياد بن سعد عن الزهري عن ابن المسيب عن أبي هريرة مرفوعاً. وإسناده على شرط مسلم. قال الدارقطني: زياد بن سعد من الحفاظ الثقات، وهذا إسناد حسن متصل.

وقال الحاكم: صحيح الإسناد. وسكت الذهبي. وأخرجه الدارقطني ٣/ ٣٣ والحاكم ٢/ ٥١ والبيهقي ٦/ ٣٩ من طريق ابن عياش.

والحاكم ٢/ ٥١ والدارقطني ٣/ ٣٣ من طريق شبابه كلاهما عن ابن أبي ذئب عن الزهري به وورد مرسلاً أخرجه مالك ٢/ ٧٢٨ والطحاوي ٤/ ١٠٠ عن الزهري عن ابن المسيب مرسلاً. وأخرجه عبد الرزاق ١٥٠٣٣ والدارقطني ٣/ ٣٣ وأبو داود في مراسيله ١٦٣ والبيهقي ٦/ ٤٠ من طرق عن ابن المسيب مرسلاً.

وجاء في نصب الراية ٤/ ٣٢٠ ما ملخصه: صححه الحاكم وحسنه الدارقطني، وكذا صححه عبد الحق في أحكامه وقال ابن القطان: أرى عبد الحق صححه تبعاً لابن عبد البر، فإنه. صححه. ثم تكلم ابن القطان عليه

قال الزيلعي: وقد روي هذا الحديث متصلاً من طرق عديدة أجودها رواية ابن حبان، ومن معه.

وقال صاحب التنقيح ـ ابن عبد الهادي ـ: وقد صحح اتصال هذا الحديث الدارقطني، وابن عبد البر، وعبد الحق. والمحفوظ أنه مرسل.

قال الزيلعي: ولفظ: «قالها ثلاثاً» لم أجده في شيء من طرق الحديث اهـ ووافقه ابن حجر ٢/ ٢٥٧

قلت: ومتن الحديث: لا يَغْلَقُ الرهنُ، له غُنْمُهُ، وعليه غُرْمُهُ اهـ لكن هناك اختلاف أيضاً في زيادة: له... الخ أنها قول سعيد.

وقوله «له غُنْمُهُ وعليه غُرْمُهُ». أي زيادة الرهن ونماؤه وفاضل قيمته ملك للراهن وعليه أداء ما يفكه.

الخلاصة: فهذا الحديث بمجموع طرقه لا ينحط عن درجة الحسن والله أعلم لا سيما ومرسلات ابن المسيب قوية فكيف وقد وصله غير واحد من الحفاظ.

(٢) مرسل. رواه أبو داود في مراسيله ١٦٥ عن عطاء مرسلاً وسيأتي.

(٣) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٣/ ٣٢ من حديث أنس بلفظ: الرهن بما فيه.

وقال: لا يثبت هذا عن حميد الطويل وكل من بينه وبين شيخنا ضعفاء.

ثم كرره بإسناد آخر وقال: وهذا باطل عن قتادة، وحماد بن سلمة والله أعلم. وإسماعيل يضع الحديث وذكره الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٣٢١. ٣٢٢ وذكر كلام الدارقطني ثم قال: ورواه أبو داود في مراسيله عن طاووس مرسلاً.

وبنحوه عن عطاء وقال ابن القطان: هذا مرسل صحيح.

قلت: هو في المراسيل ١٦٥ عن عطاء و ١٦٦ عن طاوس إلا أن مرسل عطاء بالمعنى.

تنبيه: ولفظ «إذا عمي الرهن» لم يذكره أحد فتنبه والله أعلم

(٤) تقدم قبل حديث واحد.

الدائم، قال الله تعالى ﴿كل نفس بما كسبت رهينة﴾ وقال قائلهم:

وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فأمسى الرهن قد غلقا

والأحكام الشرعية تنعطف على الألفاظ على وفق الأنباء. ولأن الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء وهو أن تكون موصلة إليه وذلك ثابت له بملك اليد والحبس ليقع الأمن من الجحود مخافة جحود المرتهن الرهن، وليكون عاجزاً عن الانتفاع به فيتاسرع إلى قضاء الدين لحاجته أو لضجره، وإذا كان كذلك يثبت الاستيفاء من وجه وقد تقرّر بالهلاك،

تعالى ﴿كل نفس بما كسبت رهينة﴾ وقال قائلهم:

وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فأمسى الرهن قد غلقا)

قال في العناية: قيل الدوام إنما فهم من قوله لا فكاك له لا من لفظ الرهن. وأجيب بأنه لما دام وتأبد بنفي انفكاك دل أنه ينبىء عن الدوام، إذ لو لم يكن موجباً لذلك لما دام بنفي ما يتعرضه، بل كان الدوام يثبت باثبات ما يوجبه، فثبت أن اللغة تدل على إنباء الرهن عن الحبس الدائم انتهى. أقول: السؤال والجواب في الأصل لتاج الشريعة، لكن الجواب ليس بتام عندي لأن قوله إذ لو لم يكن موجباً لذلك لما دام بنفي ما يعترضه ممنوع فإن ما يتعرضه إذا كان متناقضاً لدوامه يلزم من نفي ذلك دوامه سواء كان ما يوجب دوامه نفسه أو أمراً خارجاً عنه وإلا يلزم ارتفاع النقضين معا، وما نحن فيه كذلك، إذ لا شك أن فكاك الرهن ينافي ويناقض دوامه فيلزم من نفيه تحقيق دوامه وإن

أقوى من الجهة، وما يثبت به الأقوى يثبت به الأدنى. وأما الوصف المذكور في وجه غير الظاهر وهو كون القبض في الشراء ناقلاً للضمان وفي الرهن مثبتاً له ابتداء فلا يكاد يبين. وقوله: (فإذا قبضه المرتهن الخ) قد ثبت أن القبض منصوص عليه، وقد تقدم في الهبة أن المنصوص معتنى بشأنه وذلك يقتضي الكمال، والكامل في القبض هو أن يكون الرهن محوزاً مفرغاً متميزاً فيجب ذلك. وقوله محوزاً احتراز عن رهن التمر على رؤوس النخل بدونها. وقوله: (مفرغاً) احتراز عن عكسه. وقوله: (متميزاً) احتراز عن الشيوع في الرهن، فإن قبضه المرتهن على هذا الوجه تم العقد ولزم، وإن لم يقبضه فالراهن بالخيار بين التسليم وعدمه لما ذكرنا أن اللزوم أو الجواز بالقبض، إذ المقصود وهو الاستيفاء لا يحصل قبله: أي قبل القبض، فإذا قبضه المرتهن دخل في ضمانه. وقال الشافعي: هو أمانة في يده لا يسقط بهلاكه شيء من الدين لقوله ﷺ «لا يغلق الرهن» قالها أي هذه الألفاظ ثلاثاً «لصاحبه غنمه»: أي زوائده «وعليه غرمه» أي هلاكه. قال: ومعناه لا يصير: أي الرهن مضموناً بالدين، ولأن الرهن وثيقة بالدين ليزداد به الصيانة، فلو سقط الدين بهلاكه عاد على موضوعه بالنقض. ولنا قول ﷺ للمرتهن بعد ما نفق فرس الرهن عنده «ذهب حقك» وحقه الدين فيكون ذاهباً. لا يقال: المراد به ذهب حقك من الإمساك أو من المطالبة برهن آخر، لأن الأول مشاهد فلا فائدة في الإخبار عنه، والثاني ليس بحق له ولأنه ذكر الحق في أوّل الحديث منكراً «أن رجلاً رهن فرساً عند رجل بحق له عليه فنفق الفرس عند المرتهن فاختصما إلى النبي ﷺ فقال للمرتهن: «ذهب حقك» فذكر الحق منكراً، ثم أعاده معرفاً. وفي ذلك يكون الثاني عين الأول، كذا في النهاية. وفيه نظر، لأن أحدهما كلام الراوي والآخر كلام النبيّ عليه الصلاة والسلام، ومثل ذلك ليس من القاعدة المذكورة، إلا إذا علم أن المنكر كان واقعاً من المرتهن في حضرة النبي ﷺ ولم يعلم ذلك، وقوله عليه الصلاة والسلام «إذا غمي الرهن فهو بما فيه»

قال المصنف: (وقوله عليه الصلاة والسلام «إذا غمي الرهن فهو بما فيه») أقول: الباء للمقابلة والمعاوضة.

قوله: (بل كان الدوام يثبت بإثبات ما يوجبه) أقول: لا يخفى أن الرهن يدوم بإدامه الراهن، وإذا فك يزول الدوام، ومعنى الانفكاك له إبقاؤه على الرهينة والاحتباس فلا يثبت دلالة لفظ الرهن وإنباؤه عما ذكره من الحبس الدائم من البيت فليتأمل قوله: (لأن قيمة الرهن قد يكون الخ) أقول: ليس هذا محل كلمة التقليل، والأظهر أن يقول: يكون أكثر من الدين في الأكثر، إلا أن يحمل على التحقيق بجعل النادر معدوماً في الحكم قوله: (لأنه ينتقض هذا الاستيفاء: أي للذي بالحبس بالرد على الراهن) أقول: قوله بالرد متعلق بقوله ينتقض قوله: (فإن الهلاك لم يتعين لتقرير الاستيفاء) أقول: الهالك فيما نحن فيه هو ما يستوفى منه، وفي التنوير ليس ذلك فكيف يتنور به، ولك أن تقول: مآل جوابه أيضاً فليتأمل قوله: (واستيفاء الدين لا يكون إلا من جنسه) أقول: يعني واستيفاء عين الدين قوله:

فلو استوفاه ثانياً يؤدي إلى الربا، بخلاف حالة القيام لأنه ينقض هذا الاستيفاء بالردّ على الراهن فلا يتكرر، ولا وجه إلى استيفاء الباقي بدونه لأنه لا يتصوّر، والاستيفاء يقع بالمالية. أما العين فأمانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن في حياته وكفنه بعد مماته، وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء إذا اشتراه المرتهن لأن العين أمانة فلا تنوب عن قبض ضمان، وموجب العقد ثبوت يد الاستيفاء وهذا يحقق الصيانة وإن كان فراغ الذمة من ضروراته

كان دوامه مما لم يوجبه نفسه بل كان بسبب خارج، فلم يثبت في البيت المزبور إنباء لفظ الرهن نفسه عن الحبس الدائم، بل جاز أن يكون انفهام ذلك من نفي فكاكه تدبر تفهم قوله: **(وإذا كان كذلك يثبت الاستيفاء من وجه وقد تقرر بالهلاك فلو استوفاه ثانياً يؤدي إلى الربا)** يعني إذا ثبت أن الرهن يدل على اليد والحبس ثبت الاستيفاء من وجه، لأن الاستيفاء إنما يكون باليد والرقبة وقد حصل بعضه. وتقرر بالهلاك لانتفاء احتمال النقص، فلم لم يسقط الدين واستوفاه ثانياً أدّى إلى تكرار الأداء بالنسبة إلى اليد وهو ربا. كذا في العناية وغيرها. **أقول:** لقائل أن يقول: نعم لو استوفاه ثانياً أدّى إلى الربا ولكن إذا لم يستوفه ثانياً أصلاً يؤدي إلى ضياع بعض حقه وهو استيفاء الرقبة والتأدّي إلى

معناه على ما قالوا: إذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك: يعني إذا قال الراهن لا أدري كم كان قيمته والمرتهن كذلك قال: يكون الرهن بما فيه، حكي هذا التأويل عن أبي جعفر. وقوله: **(مع اختلافهم في كيفيته)** يعني أنهم اتفقوا على أن الرهن مضمون لكنهم اختلفوا في كيفيته. وروي عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه مضمون بالقيمة. وروي عن ابن عمر وابن مسعود أنهما قالا: الرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين، وهكذا روي عن عليّ رضي الله عنه في بعض الروايات. وروي عن ابن عباس أنه مضمون بالدين. واختلافهم على هذا الوجه إجماع منهم على أنه مضمون، فالقول بكونه أمانة خرق للإجماع، والمراد بقوله عليه الصلاة والسلام «لا يغلق الرهن» على ما قالوا: الاحتباس الكلي: أي يصير مملوكاً له، كذا ذكره الكرخي عن السلف كطاوس وإبراهيم وغيرهما. وقال مالك رحمه الله: وتفسير ذلك فيما يرى أن يرهن الرجل الرهن في الشيء وفي الرهن فضل عما رهن به، فيقول الراهن للمرتهن إن جئتك بحقك إلى أجل يسميه له وإلا فالرهن لك بما فيه، فهذا لا يصح ولا يحل، وهذا الذي ينهى عنه فإن جاء صاحبك بما فيه بعد الأجل فهو له. وقوله له غنمه وعليه غرمه قال الطحاوي في شرح الآثار: ذهبوا في تفسير قول سعيد بن المسيب: يعني أن أبا حنيفة وأبا يوسف ومحمداً إلى أن ذلك في البيع إذا بيع الرهن بثمن فيه نقص عن الدين غرم الراهن ذلك النقص، وإن بيع بفضل عن الدين أخذ الراهن ذلك الفضل. وقوله: **(لأن الثابت للمرتهن يد الاستيفاء)** دليل معقول على المطلوب. وتقريره: الثابت للمرتهن يد الاستيفاء، ويد الاستيفاء هو ملك اليد والحبس، لأن الرهن لغة ينبىء عن الحبس الدائم قال الله تعالى: ﴿كل نفس بما كسبت رهينة﴾ أي محبوسة بوبال ما اكتسبت من المعاصي. وقال زهير:

وفارقتك برهن لا فكاك له ... يوم الوداع فأمسى الرهن قد غلقا

أي ارتهنت المحبوبة قلبه يوم الوداع واحتبس قلبه عندهما على وجه لا يمكن فكاكه، وليس فيه ضمان ولا هلاك كما ترى يدل على الحبس الدائم. قيل الدوام إنما فهم من قوله لا فكاك له لا من لفظ الرهن. وأجيب بأنه لما دام وتأبد بنفي الفكاك دل أنه عن الدوام، إذ لو لم يكن موجباً لذلك لما دام بنفي ما يعترضه بل كان الدوام يثبت بإثبات ما يوجبه، فثبت أن اللغة تدل على إنباء الرهن عن الحبس الدائم، والأحكام الشرعية تنعطف على الألفاظ على وفق الأنباء فيكون لفظ الرهن في العقد الشرعي منبئاً عن الحبس الدائم لأنه المفهوم ولا مقتضى للعدول عنه، ولتكن هذه القضية عندك، ولأن الرهن وثيقة بجانب الاستيفاء، ومعناه: أن يكون الرهن موصلاً إليه: أي إلى الاستيفاء، وذلك: أي كونه موصلاً إليه ثابت بملك اليد والحبس ليقع الأمن عن جحود الرهن مخافة جحود المرتهن الرهن. ومعناه: أن الحبس يفضي إلى أداء الحق لأن الراهن يخشى إن جحد الدين أن يجحد المرتهن الرهن، لأن قيمة الرهن قد تكون أكثر من الدين وليكون عاجزاً عن الانتفاع به فيحتاج إلى إيفاء الأقل لتخليص الأكثر أو لضجره عن المطالبة، وهذه أيضاً قضية تدل على اليد والحبس فتضم إليها. قوله: **(وإذا كان كذلك)** أي إذا ثبت أن الرهن يدل على اليد والحبس ثبت الاستيفاء من وجه، لأن الاستيفاء إنما يكون باليد والرقة وقد حصل بعضه،

(لما تقدم في الهبة).

كما في الحوالة. فالحاصل أن عندنا حكم الرهن صيرورة الرهن محتبساً بدينه بإثبات يد الاستيفاء عليه وعنده تعلق الدين بالعين بالعين اسيفاء منه عيناً بالبيع، فيخرج على هذين الأصلين عدة من المسائل المختلف فيها بيننا وبينه عددناها في كفاية المنتهى جملة: منه أن الراهن ممنوع من الاسترداد للانتفاع، لأنه يفوت موجبه وهو الاحتباس على الدوام، وعنده لا يمنع منه لأنه لا ينافي موجبه وهو تعينه للبيع وسيأتيك البواقي في أثناء المسائل إن شاء الله تعالى. قال: **(ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون)** لأن حكمه ثبوت يد الاستيفاء، والاستيفاء يتلو الوجوب. قال رضي الله عنه: ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها، فإنه يصح الرهن بها ولادين. ويمكن أن يقال: إن

ضياع حق المسلم محذور شرعي أيضا فما الوجه في ترجيح اختيار هذا المحذور على اختيار محذور الربا فتأمل في الدفع قوله: **(ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالأعيان المضمونه بأنفسها فإنه يصح الرهن بها ولا دين)** يعني يرد على هذا اللفظ: أي على لفظ القدوري وهو قوله ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها: أي الإشكال بصحة الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها، وهي ما يجب مثله عند هلاكه إن كان مثلياً، وقيمته إن كان قيمياً، كالمغصوب والمقبوض على سوم الشراء ونحوهما فإنه يصح الرهن بتلك الأعيان ولا دين فيها، وأجاب المصنف عن هذا الإشكال بقوله: ويمكن أن يقال إلى آخره، كذا قاله الشراح قاطبة، غير أن صاحب غاية البيان بعد أن وافق سائر الشراح في شرح هذا المحل على الوجه المذكور قال: قلت لا يرد على القدوري الاعتراض رأساً لأنه لا ينفي صحة الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها بل صرح بصحته في شرحه لمختصر الكرخي، وإنما اقتصر ها هنا على الدين لأن الغالب في الرهن أن يكون بالدين، واكتفى به ها هنا اعتماداً على ما ذكره في موضع آخر، إلى هنا لفظه، أقول: لا ينبغي لمن له أدنى تمييز فضلاً عن مثل ذلك الشارح أن يقول: إن القدوري لم ينف في مختصره صحة الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها بعد أن رأى ما لفظه وهو قوله ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون من أداة قصر الصحة على الرهن بالدين وهو النفي والاستثناء، وإنما يصح ما قاله الشارح المزبور أن لو كان لفظ القدوري في مختصره ويصح الرهن بالدين، ولما كان لفظه فيه ولا يصح الرهن إلا بالدين لم يبق له مجال. وقوله بل صرح بصحته في شرحه لمختصر الكرخي لا يجدي شيئا في دفع الإشكال الوارد على لفظه في مختصره، وقد تداركه المصنف بقوله ويدخل على هذا اللفظ. وأما حمل القصر الواقع في هذا المختصر على القصر الادعائي فبمعزل عن مساعدة هذا الفن إياه، فإن مجر تخصيص الشيء بالذكر في الروايات الواقعة في هذا الفن يدل على نفي الحكم عما عداه كما صرحوا به، فما ظنك بدلالة إدارة القصر على ذلك قوله: **(ولهذا تصح الكفالة بها)** قال في العناية: واعترض بأن صحة الكفالة بها لا تستلزم صحة الرهن، فإنها تصح بدين سيجب كما لو قال ما ذاب لك على فلان

وتقرر بالهلاك لانتفاء احتمال النقض، فلو لم يسقط الدين واستوفاه ثانياً أدى إلى تكرار الأداء بالنسبة إلى اليد وهو رباء، بخلاف ما إذا كان الرهن قائماً لأنه ينتقض هذا الاستيفاء: أي للدين بالحبس بالردّ على الراهن فلا يتكرّر الأداء. فإن قيل: فاجعل الهلاك كالرد في نقض الاستيفاء فإن الهلاك لم يتعين لتقرير الاستيفاء؛ ألا ترى أن المبيع إذا هلك قبل التسليم فإنه لا يقرر استيفاء الثمن بل ينقض الاستيفاء به.. أجيب بأن النقض إنما يتحقق فيما أمكن ردّ العين إلى المالك كالثمن فيما ذكرتم، ولا يمكن ذلك في هلاك الرهن، فإن قيل: فليستوف المرتهن الدين على وجه لا يؤدي إلى الربا وهو أن يستوفي رقبة لا يداً. أجاب بقوله ولا وجه إلى استيفاء الباقي وهو ملك الرقبة بدون ما استوفاه من اليد لأنه غير متصوّر. وقوله: **(والاستيفاء يقع المالية)** جواب عما يقال لو كان بالرهن استيفاء لكان إما لعين الدين أو لبدله، لا سبيل إلى الأول لأن الرهن ليس من جنس الدين، واستيفاء الدين لا يكون إلا من جنسه، ولا إلى الثاني لأن الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه جائز والاستبدال بهما غير جائز. ووجه الجواب أنا نختار الأوّل. وقوله: **(ليس من جنس الدين. قلنا: ليس من جنسه من حيث الصورة أو المالية،)** والأول مسلم، وليس الاستيفاء من حيث الصورة بل هو من حيث الصورة أمانة، حتى كانت نفقة المرهون على الراهن في حياته وكفنه بعد مماته، وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء إن اشتراه المرتهن لما تقدم في الهبة أن قبض الأمانة لا

الواجب الأصلي فيها هو القيمة وردّ العين مخلص على ما عليه أكثر المشايخ وهو دين ولهذا تصح الكفالة بها، ولئن كان لا يجب إلا بعد الهلاك ولكنه يجب عند الهلاك بالقبض السابق، ولهذا تعتبر قيمته يوم القبض فيكون رهناً بعد وجود سبب وجوبه فيصح كما في الكفالة، ولهذا لا تبطل الحوالة المقيدة به بهلاكه، بخلاف الوديعة، قال: **(وهو مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين، فإذا هلك في يد المرتهن وقيمته والدين سواء صار المترهن مستوفياً لدينه، وإن كانت قيمة الرهن أكثر فالفضل أمانة في يده)** لأن المضمون يقدر ما يقع به الاستيفاء وذاك بقدر الدين **(وإن كانت أقل سقط من الدين بقدره ورجع المرتهن بالفضل)** لأن الاستيفاء بقدر المالية. وقال زفر: الرهن مضمون بالقيمة،

فعلّي دون الرهن. وأجيب بأن قوله ما ذاب لك إضافة للكفالة لا كفالة، ويصح أن يقال: قولك دون الرهن تريد به ديناً ما انعقد سبب وجوبه أو ديناً انعقد ذلك، فإن كان الأوّل فليس كلامنا فيه، وإن كان الثاني فهو ممنوع فإنه عين ما نحن فيه انتهى. أقول: الاعتراض والجواب لتاج الشريعة، ولهما وجه صحة. وأما قوله ويصح أن يقال إلى آخره فمن عند صاحب العناية نفسه يريد به الجواب عن الاعتراض المذكور بوجه آخر، وليس له وجه صحة إذ المراد هو الأول قوله فليس كلامنا فيه ليس بشيء، لأن عدم كون كلامنا فيه لا يضر بغرض السائل بل بعينه، فإن مقصوده القدح في قول المصنف ولهذا تصح الكفالة بها بأن صحة الكفالة لا تدل على صحة الرهن، لأن الكفالة تصح بدين سيجب ولم ينعقد سبب وجوبه. ولا يصح الرهن بذلك بلا خلاف فيجوز أن تصح الكفالة بالعين المضمون بنفسه أيضاً الذي كلامنا فيها، ولا يصح الرهن به فلم يتم الاستدلال بصحة الكفالة به على صحة الرهن به. ولا يخفى أن عدم كون كلامنا في الدين الذي لم ينعقد سبب وجوبه لا يدفع الاعتراض بهذا الوجه، وإنما يدفعه ما أشار إليه تاج الشريعة من منع صحة الكفالة بدين سيجب ولم ينعقد سبب وجوبه، وإنما قوله ما ذاب لك على فلان فعلى إضافة الكفالة إلى ذلك الدين لا عقد كفالة به منجزة. ومراد المصنف بالكفالة في قوله ولهذا تصح الكفالة به هي الكفالة المنجزة فتم الاستدلال قوله: **(ولهذا يعتبر قيمته يوم القبض)** أقول: هذا التنوير لا يتم إلا على قول أبي يوسف، فإن المعتبر عند أبي حنيفة قيمته يوم الخصومة وعند محمد قيمته يوم الانقطاع كما مرّ تفصيله في صدر كتاب الغصب، مع أن صحة الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها على قول أئمتنا جميعاً فلا يتم التقريب إلا على قول أبي يوسف، وليت شعري لم يتعرض لهذا أحد من الشراح قوله: **(وهو مضمون بالأقل في قيمته ومن الدين)** قال بعض الشراح: وقع في بعض نسخ القدوري بأقل من قيمته ومن الدين، وليس بصحيح لأن معنى المعرف واحد منهما

ينوب عن قبض الضمان بخلاف العكس، والثاني ممنوع فإنه من جنس الدين مالية والاستيفاء يقع بها. وقوله: **(وموجب العقد)** جواب عما قال الشافعي رحمه الله: الرهن وثيقة بالدين وبعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة والسقوط بالهلاك يضاد ما اقتضاه العقد. ووجهه أن موجب العقد ثبوت يد الاستيفاء كما ذكرنا، وذلك يحقق الصيانة لا محالة، وفراغ ذمة الراهن من ضروراته كما في الحوالة فإنها توجب الدين في ذمة المحال عليه لصيانة حق الطالب، وإن كان فراغ ذمة المحيل من ضروراته فلا ينعدم به مقتضى العقد لأن الاعتبار بالموضوعات الأصلية لا اللوازم الضمنية. ونوقض بنقض إجمالي وهو أن المستأجر بعد الفسخ محبوس عند المتسأجر بالأجرة المعجلة بمنزلة المرهون، حتى إذا مات الآجر كان المستأجر أحق به من سائر الغرماء ثم إذا هلك لم يكن مضموناً، وأجيب بأن يد المستأجر بعد فسخها ليست بيد استيفاء، لأن يد الاستيفاء هي التي كان له قبل الفسخ، وإنما قبض العين المستأجرة لاستيفاء المنفعة لا لاستيفاء الأجرة من المالية فلذلك لم يصر مستوفياً بالهلاك في يده. وأما اختصاصه به دون الغرماء فلأنه كان مخصوصاً به قبل الفسخ لاستيفاء المنفعة وبعد الفسخ يبقى الاختصاص في حق استرداد الأجرة. وقوله: **(فالحاصل الخ)** واضح. قال: **(ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون الخ)** قيل ذكر مضمون للتأكيد لأن كل دين مضمون، وقيل هو احتراز عن دين سيجب كما لو رهن بالدرك وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع، لأن حكمه:

أقول: وفي أواخر الصلح أيضاً قوله: **(وإن كان الثاني فهو ممنوع)** أقول: فيه بحث، فإن الكفالة بالأول صحيحة دون

حتى لو هلك الرهن وقيمته يوم الرهن ألف وخمسمائة والدين ألف رجع الراهن على المرتهن بخمسمائة. له حديث عليّ رضي الله عنه قال: «يترادّان الفضل في الرهن»[١] ولأن الزيادة على الدين مرهونة لكونها محبوسة به فتكون مضمونة اعتباراً بقدر الدين. ومذهبنا مرويّ عن عمر وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهم، ولأن يد المرتهن يد الاستيفاء فلا توجب الضمان إلا بالقدر المستوفى كما في حقيقة الاستيفاء، والزيادة مرهونة به ضرورة امتناع حبس الأصل بدونها ولا ضرورة في حق الضمان. والمراد بالترادّ فيما يروى حالة البيع، فإنه روي عنه أنه قال: المرتهن أمين في الفضل. قال: (**وللمرتهن أن يطالب الراهن بدينه ويحبسه به**) لأن حقه باق بعد الرهن والرهن لزيادة الصيانة فلا تمتنع به المطالبة، والحبس جزاء الظلم، فإذا ظهر مطله عند القاضي بحبسه كما بيناه على التفصيل فيما تقدم

ومعنى المنكر ثالث، واعتبر هذا بقول الرجل مررت بأعلم من زيد وعمرو يكون الأعلم غيرهما، ولو قال مررت بالأعلم من زيد وعمرو يكون الأعلم واحد منهما، والمراد ها هنا واحد من القيمة والدين وهو أقلهما لا أمر ثالث. ثم إن تاج الشريعة من الشراح بين وجه اختلاف المعنى بين المعرف والمنكر حيث قال: والمعنى فيه أن كلمة «من» في قوله الأقل منهما للتبعيض والأقل يصلح بعضاً، إذ الأقل مع منهما معرفتان، بخلاف أقلّ منهما لأن أقل نكرة وهما معرفة المعرفة لا تتناول النكرة انتهى كلامه. أقول: ليس هذا بسديد، إذ لا نسلم أن المعرفة لا تتناول النكرة تناول الكل للجزء كما هو مقتضى من التبعيضية، نعم إن المعرفة والنكرة لا يتحدان لأن مدلول المعرفة شيء بعينه ومدلول النكرة شيء لا بعينه، وهما متضادان فلا يتحدان، وأما كون المبهم بعضاً من المعين فلا استحالة فيه، بل هو أمر شائع مستعمل؛ ألا ترى إلى قولنا واحد منهما أو جزء منهما أو بعض منهما يكون كذا فإنه صحيح بلا ريب وشائع مستعمل، مع أن كلمة واحد وجزء وبعض نكرة، وكلمة هما في منهما معرفة ومن للتبعيض، على أن الوجه المذكور للفرق بين أن يكون اسم التفضيل معرفاً وبين أن يكون منكراً إنما يتمشى فيما إذا كان مدخول كلمة «من» معرفة ولا يتمشى فيما إذا كان مدخولها نكرة، إذ لا يلزم إذ ذاك تناول المعرفة للنكرة مثلاً لو كانت العبارة فيما نحن فيه أقل من قيمة ودين لزم أن لا يكون فرق في المعنى بين تعريف الأقل وتنكيره وليس كذلك قطعاً. وذكر بعض الفضلاء وجهاً آخر للفرق بين المعرف والمنكر حيث قال: إذ تكون من في المنكر تفضيلية لوجوب استعمال الأفعل بأحد الأشياء الثلاثة، وتكون في المعرف للبيان لعدم جواز الجمع بين من وحرف التعريف وموضعه كتب النحو. ثم

أي حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء كما تقدم والاستيفاء يتلو الوجوب، وأما صحته بالدين الموعود فسيجيء الكلام فيه. وقوله: (**ويدخل**) أي يشكل على هذا اللفظ أي الذي يدل على الحصر صحة جواز الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها كالمغصوب والمقبوض على سوم الشراء. وقيل قوله بأنفسها احتراز عن غيرها. والحاصل أن الرهن إما أن يكون بالدين أو بالعين، والأول صحيح بكل حال، والثاني إما أن يكون بعين مضمون أو لا، والثاني غير صحيح كما في الودائع والعواري والمضاربات والشركات، والأوّل إما أن تكون بنفسها وهو ما يجب عند هلاكه المثل إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً، أو يكون مضموناً بغيرها وهو المضمون بغير المثل أو القيمة كالمبيع في يد البائع فإنه مضمون بالثمن. وإذا ظهر ذلك فقوله ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون يشكل عليه الأعيان المضمونة بنفسها، «فإن الرهن بها صحيح ولا دين ثمة. وأجاب المصنف بقوله: ويمكن أن يقال على ما اختاره بعض المشايخ أن الموجب الأصلي فيها هو القيمة، وردّ العين مخلص والقيمة دين (**ولهذا تصح الكفالة بها**) أي بالعين المضمون بنفسه. وقوله: (**ولئن كان لا يجب القيمة إلا بعد هلاك العين لكن عند الهلاك**

الرهن، فتوجه السؤال إلا أن يخص الكفالة المقيس أيضاً عليها بما انعقد سبب وجوبه قوله: (**ووقع في بعض نسخ القدوري بأقل من قيمته ومن الدين وليس بصحيح لأن معنى المعرف واحد منهما، ومعنى المنكر ثالث**) أقول: إذ تكون من حينئذٍ تفضيلية لوجوب استعمال الأفعل بأحد الأشياء الثلاثة، وتكون في المعرف للبيان لعدم جواز الجمع بين من وحرف التعريف وموضعه كتب النحو، وفيه بحث إذ قد

---

(١) أثر علي. أخرجه البيهقي ٦/٤٣ من وجوه كثيرة عن علي موقوفاً. وهذه الطرق وإن كان فيها مقال إلا أنها يقوي بعضها بعضاً.

(وإذا طلب المرتهن دينه يؤمر بإحضار الرهن) لأن قبض الرهن قبض استيفاء فلا يجوز أن يقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء لأنه يتكرّر الاسيتفاء على اعتبار الهلاك في يد المرتهن وهو محتمل **(وإذا أحضر أمر الراهن بتسليم الدين إليه أوّلاً)** ليتعين حقه كما تعين حق الراهن تحقيقاً للتسوية كما في تسليم المبيع والثمن يحصر المبيع ثم يسلم الثمن أوّلاً **(وإن طالبه بالدين في غير البلد الذي وقع العقد فيه. إن كان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة، فكذلك الجواب)** لأن الأماكن كلها في حق التسليم كمكان واحد فيما ليس له حمل ومؤنه؛ ولهذا لا يشترط بيان مكان الإيفاء فيه في باب السلم بالإجماع **(وإن كان له حمل ومؤنة يستوفي دينه ولا يكلف إحضار الرهن)** لأن هذا نقل والواجب عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان إلى مكان لأنه يضرّر به زيادة الضرر ولم يلتزمه **(ولو سلط الراهن العدل على بيع المرهون فباعه بنقد أو نسيئة جاز)** لإطلاق الأمر **(فلو طالب المرتهن بالدين لا يكلف المرتهن إحضار الرهن)** لأنه لا قدرة له على الإحضار **(وكذا إذا أمر المرتهن ببيعه فباعه ولم يقبض الثمن)** لأنه صار ديناً بالبيع بأمر الراهن، فصار كأن الراهن رهنه وهو دين **(ولو قبضه يكلف إحضاره لقيام البدل مقام المبدل)** لأن الذي يتولى قبض الثمن هو المرتهن لأنه هو العاقد فترجع الحقوق إليه، وكما يكلف إحضار الرهن لاستفياء كل الدين يكلف لاستيفاء

قال: وفيه بحث، إذ تحذف «من» من اللفظ وها هنا أيضا كذلك، والقرينة على الحذف شهرة المذهب انتهى. أقول: الحق في الفرق ما قاله ذلك البعض وبحثه ساقط، إذ قد تقرّر في علم النحو أنه لا يجوز استعمال اسم التفضيل بدون أحد الأشياء الثلاثة، إلا أن يعلم المفضل عليه ويتعين كما في قوله تعالى ﴿يعلم السرّ وأخفى﴾ طه (٧) وقوله تعالى ﴿ولذكر الله أكبر﴾ العنكبوت (٤٥) وفيما نحن فيه لا يتعين المفضل عليه ولا يعلم على تقدير أن ينكر اسم التفضيل، ولم يجعل كلمة من تفضيلية وادعاء كونه معلوماً بقرينة شهرة المذهب غير مسموع، لأنه الآن بصدد بيان المذهب في هذه المسألة ولم يبين من قبل في موضع آخر فمن أين حصلت الشهرة، كيف ولو تحققت الشهرة في مسألتنا هذه بحيث جاز بها ترك ما لا بد منه في استعمال صيغة التفضيل لاستغنى عن ذكرها وبيانها ها هنا بالكلية قوله: **(لأنه صار ديناً بالبيع بأمر الراهن فصار كأن الراهن رهنه وهو دين)** قال بعض الفضلاء: فيه بحث.

يجب بالقبض السابق، ولهذا يعتبر قيمته يوم قبض الغاصب المغصوب من المالك يكون رهناً بعد وجود سببه) جواب عما اختاره بعض آخر من المشايخ. وتقريره أن سبب وجوبه قد انعقد فكان كالموجود فصح الرهن كما صحت الكفالة. واعترض بأن صحة الكفالة لا تستلزم صحة الرهن، فإنها تصح بدين سيجب كما لو قال ما ذاب لك على فلان فعلى دون الرهن. وأجيب بأن قوله ما ذاب لك إضافة للكفالة لا كفالة، ويصح أن يقال قولك دون الرهن يريد به ديناً ما انعقد سبب وجوبه أو ديناً انعقد ذلك، فإن كان الأول فليس كلامنا فيه، وإن كان الثاني فهو ممنوع فإنه عين ما نحن فيه. وقوله: **(ولهذا)** يجوز أن يكون توضيحاً على كل من التخريجين. أما على الأول فتقريره ولكون الموجب الأصلي فيها القيمة لا تبطل الحوالة المقيدة بالعين المضمون بنفسه بهلاكه، فلو أحال على الغاصب فهلك المغصوب لم تبطل الحوالة لأن الموجب الأصلي لما كان القيمة كان هلاك العين كلا هلاك لقيام القيمة في ذمته، وردّ العين كان مخلصاً ولم يحصل. وأما على الثاني فتقريره ولكون سبب وجوب القيمة قد انعقد جعلت كالموجود فبهلاك العين لا تبطل الحوالة، بخلاف الوديعة فإن الحوالة عليها لا تبطل بهلاكها لأنه لا وجوب هناك للقيمة ولا سبب للوجوب. قال: **(وهو مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين الخ)** الرهن مضمون بالأقل أي بما هو الأقل من قيمته يوم القبض ومن الدين. ووقع في بعض نسخ القدوري: بأقل من قيمته ومن الدين وليس بصحيح لأن معنى المعرف واحد منهما ومعنى المنكر ثالث، وكلامه واضح. وقوله: **(يترادّان الفضل)** يعني أن التراد إنما يكون من الجانبين. وقوله: **(كما في حقيقه الاستيفاء)** مثل ما إذا أوفاه ألفي درهم في كيس وحقه في ألف فإنه يصير ضامناً قدر الدين، والزيادة على قدر الدين أمانه فكذا هذا. وقوله: **(ضرورة امتناع حبس الأصل بدونها)** لأنا لو لم نجعل الزيادة

يحذف من اللفظ، وها هنا أيضاً ذلك، والقرينة على الحذف شهرة المذهب، فمن الملفوظة للبيان كما فصله صدر الشريعة في شرح الوقاية ولمكان حرف التعريف هنا قوله: **(يعني أن التراد إنما يكون من الجانبين)** أقول: فيرجع كل منهما على صاحبه بالفضل عند الهلاك

نجم قد حل لاحتمال الهلاك، ثم إذا قبض الثمن يؤمر بإحضاره لاستيفاء الدين لقيامه مقام العين، وهذا بخلاف ما إذا قتل رجل العبد الرهن خطأ حتى قضى به بالقيمة على عاقلته في ثلاث سنين لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة، لأن القيمة خلف عن الرهن فلا بد من إحضار كلها كما لا بد من إحضار كل عين الرهن وما صارت قيمة بفعله، وفيما تقدم صار دينا بفعل الراهن فلهذا افترقا **(ولو وضع الرهن على يد العدل وأمر أن يودعه غيره ففعل ثم جاء المرتهن يطلب دينه لا يكلف إحضار الرهن)** لأنه لم يؤتمن عليه حيث وُضع على يد غيره فلم يكن تسليمه في قدرته **(ولو وضعه العدل في يد من في عياله وغاب وطلب المرتهن دينه والذي في يده يقول فلان ولا أدري لمن هو يجبر الراهن على قضاء الدين)** لأن إحضار الرهن ليس على المرتهن لأنه لم يقبض شيئاً **(وكذلك إذا غاب العدل بالرهن ولا يدري أين هو)** لما قلنا **(ولو أن الذي أودعه العدل جحد الرهن وقال هو مالي لم يرجع المرتهن على الراهن بشيء حتى يثبت كونه رهناً)** لأنه لما جحد الرهن فقد توى المال والتوى على المرتهن

فإن المقيس عليه وهو رهن الدين غير صحيح فكيف يثبت الحكم في الفرع قياساً عليه انتهى. أقول: لا يخفى على الفطن أن مراد المصنف بتعليله المذكور ليس إثبات الحكم فيما نحن فيه بطريق القياس على رهن الدين حتى يتوجه البحث المذكور، بل مراده به بيان أن حكم الرهن يبقى في الدين الذي صار خلفاً عن العين المبيع بأمر الراهن، لأن الأصل كان صالحاً لأن يكون رهناً فكذا خلفه تبعاً، وإن لم يصلح الدين للرهينة أصالة فكم من شيء يثبت ضمناً وتبعاً ولا يثبت أصالة وقصداً، فقوله فصار كأن الراهن رهنه وهو دين إشارة إلى معنى الخلفية لا إلى القياس. وهذا مع ظهوره لكل متأمل متقن قد صرح به أكثر الشراح حيث قالوا: فإن قيل: لو رهن ابتداء لا يصح لأنه لا يكون محلاً للرهن. قلنا: نعم، ولكن يبقى حكم الرهن في الدين لكونه بدلاً عن المقبوض وهو قد كان صالحاً لذلك

مرهونة أدّى إلى الشيوع أو لعدم انفكاكها عنه. وقوله: **(ولا ضرورة في حق الضمان)** لأن بقاء الرهن من عدم الضمان ممكن بأن استعار الراهن الرهن من المرتهن، فإن الرهن باق ولا ضمان على المرتهن كما سيجيء. وقوله: **(والمراد بالترادّ فيما روي حالة البيع)** يعني توفيقاً بين حديثي عليّ رضي الله عنه، فإنه روي عنه «المرتهن أمين في الفضل» فيجب حمل الأول على حالة البيع: يعني إذا باع المرتهن الرهن بإذن الراهن يردّ ما زاد على الدين من ثمنه إلى الراهن، ولو كان الدين زائداً يردّ الراهن زيادة الدين وقوله: **(كما بيناه على التفصيل فيما تقدم)** يعني في فصل الحبس من أدب القاضي. وقوله: **(وإذا طلب المرتهن دينه)** واضح. وقوله: **(تحقيقاً للتسوية)** قيل لأن الرهن وإن كان لاستيفاء الدين بحكم الوضع لكن فيه شبهة المبادلة، فمن حيث أنه استيفاء لحقه قلنا بأن قبض الدين لا يتوقف على إحضار الرهن فلم يجب على المرتهن تسليمه، وباعتبار شبهة المبادلة يتوقف قبض الدين على إحضار الرهن عند وجوب تسليمه. وقوله: **(لأنه يتضرّر به زيادة الضرر ولم يلتزمه)** يعني المرتهن، ولم يعتبر هناك احتمال تكرار الاستيفاء على اعتبار الهلاك لأنه موهوم، فلا يظهر في مقابلة ضرر متيقن وهو تأخر حق المرتهن، بخلاف الفصل الأول. وقوله: **(لإطلاق الأمر)** يشير إلى أنه لو قيده بالنقد لا يصح بيعه نسيئة. وقوله: **(لأنه لا قدرة له على الإحضار)** لأن الرهن بيع بأمر الراهن فلم يبق له قدرة على إحضاره. وقوله: **(وكذا إذا أمر المرتهن)** يعني لا يكلف إحضار الرهن، لأنه: أي الرهن صار ديناً بالبيع بأمر الراهن، فصار كأن الراهن رهنه وهو دين، لأنه لما باعه بإذنه صار

قوله: **(أو لعدم انفكاكها عنه)** أقول: معطوف على قوله لأنا لو لم نجعل الزيادة قال المصنف: **(فصار كأن الراهن رهنه وهو دين)** أقول: فيه بحث، فإن المقيس عليه وهو رهن الدين غير صحيح، فكيف يثبت الحكم في الفرع قياساً عليه فليتأمل قال المصنف: **(لاستيفاء الدين)** أقول: يعني المنجم لئلا يلزم التكرار قوله: **(وقوله وهذا بخلاف ما إذا قتل، إشارة إلى قوله وكذا)** أقول: ولعل الأولى أن يجعل إشارة إلى بيع العدل أو المرتهن الرهن بأمر الراهن. قال العلامة الكاكي إشارة إلى قوله يكلف لاستيفاء نجم قد حل، بخلاف مسألة القتل حيث لا يكلف المرتهن بإحضار الرهن عند كل نجم يؤديه انتهى. هكذا رأيت في شرح الكاكي، ففيه بحث ظاهر حيث لا يطابق المشروح قوله: **(أجاب بقوله وما صارت قيمة بفعله حتى تنتقل إليها الرهنية)** أقول: لا يقال: الأصوب أن يقال حتى يجعل رهناً مكانه، فإنه لم يكن رهنية الثمن في المسألة المتقدمة بطريق الانتقال كما حققه، لأن بين الثمن والقيمة فرقاً، ولا يلزم من عدم الانتقال في الأول

فيتحقق استيفاء الدين ولا يملك المطالبة به. قال: **(وإن كان الرهن في يده ليس عليه أن يمكنه من البيع حتى يقضيه الدين)** لأن حكمه الحبس الدائم إلى أن يقضي الدين على ما بيناه **(ولو قضاه البعض فله أن يحبس كل الرهن حتى يستوفي القيمة)** اعتباراً بحبس المبيع **(فإذا قضاه الدين قيل له سلم الرهن إليه)** لأنه زال المانع من التسليم لوصول الحق إلى مستحقه **(فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن ما قضاه)** لأنه صار مستوفياً عند الهلاك بالقبض السابق، فكان الثاني استيفاء بعد استيفاء فيجب ردّه **(وكذلك لو تفاسخا الرهن له حبسه ما لم يقبض الدين أو يبرئه، ولا يبطل الرهن إلا بالرد على الراهن على وجه الفسخ)** لأنه يبقى مضموناً ما بقي القبض والدين **(ولو هلك في يده سقط الدين**

فيثبت هذا الحكم في خلفه تبعاً لا مقصوداً انتهى قوله: **(فلو هلك قبل التسليم استردّ الراهن ما قضاه لأنه صار مستوفياً عند الهلاك بالقبض السابق، فكان الثاني استيفاء بعد استيفاء فيجب ردّه)** قال في العناية: وطولبَ بالفرق بينه وبين ما إذا ارتهن عبد بألف درهم وقبضه وقيمته مثل الدين ثم وهب المرتهن المال للراهن أو أبرأه ولم يردّ عليه الرهن حتى هلك عنده من غير أن يمنعه إياه فإنه لا ضمان عليه استحساناً وإن ثبتت يد الاستيفاء للمرتهن بقبضة السابق وقد تقرّر بالهلاك، فصيرورته مستوفياً بهلاك الرهن بعد الإبراء بمنزلة استيفائه حقيقة، وفي الاستيفاء حقيقة بعد الإبراء يردّ المستوفي فيجبَ أن يكون ها هنا كذلك. وأجيب بأن الرهن عقد استيفاء باليد والحبس كما تقدم، وذلك الاستيفاء يتقرّر بالهلاك مستنداً إلى وقت القبض، فالقضاء بعد الهلاك استيفاء بعد استيفاء فيجب الرد، وأما الإبراء فليس فيه استيفاء شيء ليجب ردّه، وإنّما هو إسقاط، وإسقاط الدين بمن ليس عليه لغو انتهى. **أقول:** في خاتمة هذا الجواب خلل لأن قوله وإسقاط الدين ممن ليس عليه لغو من الكلام ها هنا لأن الإبراء في مادة النقض من الراهن، ولا شك أن الراهن ممن عليه الدين فكان الإبراء فيها ممن عليه الدين فلم يكن لغوا بل كان إسقاطاً صحيحاً فلا مساس لقوله وإسقاط الدين ممن ليس عليه لغو بما نحن فيه، فإن قلت: مراده أن يد الاستيفاء لما ثبت

كأنهما تفاسخا الرهن وصار الثمن رهناً بتراضيهما ابتداء لا بطريق انتقال حكم الرهن إلى الثمن؛ ألا ترى أنه لو باع الرهن بأقل من الدين لم يسقط من دين المرتهن شيء فصار كأنه رهنه ولم يسلم إليه بل وضعه على يد عدل. وقوله: **(إلا أن الذي يتولى قبض الثمن هو المرتهن)** استثناء من قوله فصار كأن الراهن رهنه وهو دين جواب عما يقال لو كان الأمر كذلك لما كان للمرتهن أن يقبض الثمن من المشتري كما لو كان الرهن في يد عدل لكن له ذلك. ووجه ما ذكر أن ولاية القبض باعتبار كونه عاقداً والحقوق ترجع إليه. وقوله: **(وكما يكلف إحضار الرهن لاستيفاء الكل يكلف لاستيفاء نجم)** قيل إذا ادعى الراهن هلاك الرهن، وأما إذا لم يدّع فلا حاجة إلى ذلك، وإليه أشار بقوله لاحتمال الهلاك. وقوله: **(ثم إذا قبض الثمن)** يعني إذا باع الرهن وقبض الثمن، فإذا قبضه وجب إحضاره لاستيفاء نجم لقيامه مقام العين. وقوله: **(وهذا بخلاف ما إذا قتل)** إشارة إلى قوله وكذا إذا أمر المرتهن ببيعه إلى آخره، فإنه لا يجبر المرتهن على الإحضار، بل يجبر الراهن على الأداء بدون إحضار شيء بخلاف ما إذا قتل رجل عبد الرهن خطأً حتى قضى بالقيمة على عاقلته في ثلاث سنين. فإن الراهن لا يجبر على قضاء الدين حتى يحضر المرتهن كل القيمة، لأن القيمة خلف عن العين فلا بد من إحضار كلها كما لا بد من إحضار كل عين الرهن. فإن قيل: لم لا تكون القيمة ها هنا كالثمن ثمة وهي ليست في يد المرتهن فيجبر الراهن على القضاء كما كان ثمة. أجاب بقوله وما صارت قيمة بفعله حتى تنتقل إليها الرهينة فصار كالرهن في يد عدل، بخلاف ما تقدم فإن الرهن صار ديناً بفعله فكأنهما تفاسخا، وجعل الثمن رهناً ابتداء كما مر فافترقا. وفي النهاية جعل قوله وهذا إشارة إلى قوله يكلف لاستيفاء نجم قد حل، ووجهه هكذا: أي في مسألة القتل لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر المرتهن كل القيمة، وفيما

عدم الانتقال في الثاني قوله: **(وجعل الثمن رهناً)** أقول: الظاهر أن يقال وجعلا قوله: **(وفي النهاية جعل قوله وهذا إشارة إلى قوله يكلف لاستيفاء نجم، إلى قوله: وهو كما ترى متعسف)** أقول: لا يكلف المترهن بالاحضار في مسألة القتل للعلم بعدم قدرته له قبل مضي ثلاث سنين ولا يجبر الراهن أيضاً على الإيفاء وفيما نحن فيه يكلف المرتهن فيجبر الراهن إذا أحضر، ولعل مراد الإمام السغناقي هذا قوله: **(وطولب بالفرق)** أقول: نقض إجمالي قوله: **(فإنه لا ضمان عليه استحساناً)** أقول: تجيء المسألة في أواخر كتاب الرهن.

إذا كان به وفاء بالدين) لبقاء الرهن **(وليس للمرتهن أن ينتفع بالرهن لا باستخدام ولا بسكنى ولا لبس، إلا أن يأذن له المالك)** لأن له حق الحبس دون الانتفاع **(وليس له أن يبيع إلا بتسليط من الراهن، وليس له أن يؤاجر ويعير)** لأنه ليس له ولاية الانتفاع بنفسه فلا يملك تسليط غيره عليه، فإن فعل كان متعدياً، ولا يبطل عقد الرهن بالتعدي. قال: **(وللمرتهن أن يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذي في عياله)** قال رضي الله عنه: معناه أن يكون الولد في عياله أيضاً، وهذا لأن عينه أمانة في يده فصار كالوديعة **(وإن حفظه بغير من في عياله أو أودعه ضمن)** وهل يضمن الثاني فهو على الخلاف، وقد بينا جميع ذلك بدلائله في الوديعة **(وإذا تعدى المرتهن في الرهن ضمنه ضمان الغصب بجميع قيمته)** لأن الزيادة على مقدار الدين أمانة. والأمانات تضمن بالتعدّي **(ولو رهنه خاتماً فجعله في خنصره فهو ضامن)** لأنه متعد بالاستعمال لأنه غير مأذون فيه، وإنما الإذن بالحفظ واليمنى واليسرى في ذلك سواء لأن العادة فيه مختلفة **(ولو جعله في بقية الأصابع كان رهناً بما فيه)** لأنه لا يلبس كذلك عادة فكان من باب الحفظ. وكذا الطيلسان إن لبسه لبساً معتاداً ضمن، وإن وضعه على عاتقه لم يضمن **(ولو رهنه سيفين أو ثلاثة فتقلدها لم يضمن في الثلاثة وضمن في السيفين)** لأن العادة جرت بين الشجعان بتقلد السيفين في الحرب ولم تجر بتقلد

للمرتهن بعقد الرهن وتقرره بالهلاك مستنداً إلى وقت القبض صار المرتهن بالهلاك مستوفياً دينه من وقت القبض فصار الاستيفاء مقدماً على الإبراء في الحكم فلم يكن الراهن مديوناً وقت الإبراء لسقوط دينه بالقبض السابق فلم يكن الإبراء فيما نحن فيه إسقاط الدين ممن عليه من هذه الحيثية فلهذا قال: وإسقاط الدين ممن ليس عليه لغو، قلت: لو كان لهذه الحيثية اعتبار فيما نحن فيه من مادة النقض وكان الإبراء فيه لغواً بناء على ذلك لوجب فيه الضمان على المرتهن لثبوت الاستيفاء له بيده بقبضه السابق وتقرره بالهلاك، وكون الإبراء لغو على الفرض مع أنه

نحن فيه بخلافه حيث يكلف المرتهن بإحضار الرهن عند كل نجم يؤدّيه الراهن من الدين وهو كما ترى متعسف. وقوله: **(لما قلنا)** إشارة إلى قوله لم يقبض شيئاً. قال: **(وإن كان الرهن في يده الخ)** إذا كان الرهن في يد المرتهن فهو مخير بين أن يمكن الراهن من بيعه وأن لا يمكن، لأن حكمه الحبس الدائم إلى أن يقضي الدين على ما بيناه وذلك حقه فله إسقاطه، وكلامه واضح. وقوله: **(فلو هلك)** أي الرهن **(قبل الردّ استرد الراهن ما قضاه)** لما ذكره في الكتاب وهو واضح، وطولب بالفرق بينه وبين ما إذا ارتهن عبداً بألف درهم وقبضه وقيمته مثل الدين ثم وهب المرتهن المال للراهن أو أبرأه ولم يردّ عليه الرهن حتى هلك عنده من غير أن يمنعه إياه فإنه لا ضمان عليه استحساناً، وإن ثبتت يد الاستيفاء للمرتهن بقبضه السابق وقد تقرر بالهلاك فصيرورته مستوفياً بهلاك الرهن بعد الإبراء بمنزلة استيفائه حقيقة، وفي الاستيفاء حقيقة بعد الإبراء يرد المستوفي فيجب أن يكون ها هنا كذلك. وأجيب بأن الرهن عقد استيفاء باليد والحبس كما تقدم وذلك الاستيفاء يتقرّر بالهلاك مستنداً إلى وقت القبض، فالقضاء بعد الهلاك استيفاء بعد استيفاء فيجب الردّ. وأما الإبراء فليس فيه استيفاء شيء ليجب رده، وإنما هو إسقاط، وإسقاط الدين ممن ليس عليه لغو. وقوله: **(على وجه الفسخ)** احتراز عما إذا ردّه على وجه العارية فإنه لا يبطل الرهن. وقوله: **(لأنه)** أي الرهن **(يبقى مضموناً ما دام القبض والدين باقياً)** ألا ترى أنه لو ردّ الرهن سقط الضمان لفوات

قوله: **(وإذا أبرأه عن الدين سقط الضمان وإن كان القبض باقيا)** أقول: فيه بحث، فإنه ذكر قبيل هذا الكلام أنه إذا هلك الرهن في يد المرتهن بعد الإبراء يكون الإبراء غلواً لكون الدين مستوفى مستنداً إلى القبض وليس معنى الضمان إلا ذلك، لكن التعويل على ما ذكره ها هنا يدل عليه كلام المصنف في أواخر الكتاب قوله: **(وكان الكلام متناقضاً)** أقول: ولك أن تقول: الدين باق بعد القضاء لكنه لا يطالب به لعدم الفائدة، وإلى ذلك أشار صاحب النهاية، وسيجيء ما ذكره في آخر كتاب الرهن من الهداية، ولهذا لم يعد شهادة من شهد بألف وقضى خمسمائة منها على ما مر في فصل الاختلاف في الشهادة فراجعه قوله: **(أجيب بأن بقاء احتمال الحبس باحتمال استحقاق المؤدى يوجب بقاء الضمان)** أقول: اعتراف بعدم انعكاس العلة وذلك هو غرض القائل وجوابه تعميم الدين بجهته أيضاً كما سيجيء في آخر كتاب الرهن من المصنف قوله: **(معناه انتفاء جواز الإنفاع بالرهن والانتفاع به)** أقول: سبق من الشارحين تخطئة المصنف في هذا اللفظ في فصل كري الأنهار. إن قيل: إنما أنكروا فيه استعمال الإنفاع في معنى النفع لا مطلقاً. قلنا: لا مانع من أن يراد منه فيه المعنى الذي أريد منه هنا.

الثلاثة، وإن لبس خاتماً فوق خاتم، وإن كان هو ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن، وإن كان لا يتجمل بذلك فهو حافظ فلا يضمن. قال: **(وأجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن على المرتهن وكذلك أجرة الحافظ وأجرة الراعي ونفقة الرهن على الراهن)** والأصل أن ما يحتاج إليه لمصلحة الرهن وتبقيته فهو على الراهن سواء كان في الرهن فضل أو لم يكن، لأن العين باق على ملكه، وكذلك منافعه مملوكة له فيكون إصلاحه وتبقيته عليه لما أنه مؤنة ملكه كما في الوديعة، وذلك مثل النفقة في مأكله ومشربه وأجرة الراعي في معناه لأنه علف الحيوان، ومن هذا الجنس كسوة الرقيق وأجره ظئر ولد الرهن وسقي البستان وكري النهر وتلقيح نخيله وجذاذه والقيام بمصالحه، وكل ما كان لحفظه أو لردّه إلى يد المرتهن أو لردّ جزء منه فهو على المرتهن مثل أجرة الحافظ، لأن الإمساك حق له والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه، وكذلك أجرة البيت الذي يحفظ الرهن فيه، وهذا في ظاهر الرواية. وعن أبي يوسف أن كراء المأوى على الراهن بمنزلة النفقة لأنه سعى في تبقيته، ومن هذا القسم جعل الآبق فإنه على المرتهن لأنه محتاج إلى إعادة الاستيفاء التي كانت له ليردّه فكانت مؤنة الرد فيلزمه، وهذا إذا كانت قيمة الرهن والدين سواء. وإن كانت قيمة الرهن أكثر فعليه بقدر المضمون وعلى الراهن بقدر الزيادة عليه لأنه أمانة في يده والردّ لإعادة اليد، ويده في الزيادة يد المالك إذ هو كالمودع فيها فلهذا يكون على المالك، وهذا بخلاف أجرة البيت الذي ذكرناه فإن

لا يجب عليه الضمان فيه وهو مدار النقض والمطالبة بالفرق بين مسألة الكتاب وبين ذلك فلا يتم الجواب. فالحق في الجواب عن المطالبة المذكورة ما ذكره صاحب النهاية حيث قال: قلت إن ضمان الرهن يثبت باعتبار القبض والدين جميعاً لأنه ضمان الاستيفاء فلا يتحقق ذلك باعتبار الدين. وبالإبراء عن الدين انعدم أحد المعنيين وهو الدين، والحكم الثابت بعلة ذات وصفين ينعدم بانعدام إحداهما، ألا يرى أنه لو ردّ الرهن سقط الضمان لانعدام القبض مع بقاء الدين، فكذا إذا أبرأ عن الدين يسقط الضمان لانعدام الدين مع بقاء القبض وهذا بخلاف ما لو استوفى الدين حقيقة لأن هناك الدين لا يسقط بالاستيفاء بل يتقرّر، فإن ما هو المقصود يحصل بالاستيفاء، وحصول المقصود بالشيء يقرره ويهيئه، وإذا بقي الدين حكما بقي ضمان الرهن. وبهلاك الرهن يصير مستوفياً فتبين أنه

القبض وإن كان الدين باقياً، وإذا أبرأه عن الدين سقط الضمان وإن كان القبض باقياً، لأن العلة إذا كانت ذات وصفين يعدم الحكم بعدم أحدهما. فإن قيل: فينبغي أن لا يبقى مضموناً بعد قبض الدين إذا هلك الرهن قبل التسليم وليس كذلك كما مر فكان الكلام متناقضاً. أجيب بأن بقاء احتمال الحبس باحتمال استحقاق المؤدى يوجب بقاء الضمان، وفيه نظر لأن الاحتمال لا يوجب التحقيق لا سيما إذا لم ينشأ عن دليل. وقوله: **(ولو هلك في يده)**. يعني إذا حبسه بعد التفاسخ فهلك سقط الدين إذا كان به وفاء بالدين لبقاء الرهن. وقوله: **(وليس للمرتهن)** معناه انتفاء جواز الانتفاع بالرهن والإنفاع به. قال: **(وللمرتهن أن يحفظ الرهن بنفسه الخ)** كلامه واضح والعبرة في العيال للمساكنة لا للنفقة، ألا ترى أن المرأة وإذا بقي الدين حكماً بقي ضمان الرهن، وبهلاك الرهن يصير مستوفياً فتبين أنه استوفي مرتين فيلزمه ردّ أحدهما، وأما الإبراء فيسقط الدين فلا يبقى الضمان بعد انعدام أحد المعنيين، إلى هنا لفظ النهاية. وسيجيء من المصنف في آخر كتاب الرهن ما يطابق ذلك في الفرق بين تينك المسألتين فتبصر. قال تاج الشريعة: فإن قلت: ينبغي أن لا يبقى الرهن مضموناً بعد قبض الدين إذا هلك الرهن قبل التسليم، لأن حكم الرهن لم يبق. قلت: بقي احتمال استحقاق الحبس لاحتمال أن يستحق المؤدى وحينئذٍ يظهر أنه ما استوفى حقه فكان له استحقاق الحبس انتهى. وردّ صاحب العناية هذا الجواب حيث قال بعد ذكر السؤال والجواب: فيه نظر، لأن الاحتمال لا يوجب التحقيق لا سيما إذا لم ينشأ عن دليل انتهى. أقول: الحق في الجواب عن أصل السؤال أن فإن حقه يتعلق بالرهن من حيث المالية لا من حيث العين، والعين مقدم على المالية، فكذلك ما يتعلق بالعين يقدم على ما يتعلق

قال المصنف: **(لأنه علف الحيوان)** أقول: أي كعلف الحيوان من قبيل: زيد أسد.

كلها تجب على المرتهن، وإن كان في قيمة الرهن فضل لأن وجوب ذلك بسبب الحبس، وحق الحبس في الكل ثابت له. فأما الجعل إنما يلزمه لأجل الضمان فيتقدر بقدر المضمون ومداواة الجراحة والقروح ومعالجة الأمراض والفداء من الجناية تنقسم على المضمون والأمانة والخراج على الراهن خاصة لأنه من مؤن الملك والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتهن لتعلقه بالعين. ولا يبطل الرهن في الباقي لأن وجوبه لا ينافي ملكه، بخلاف الاستحقاق، وما أدّاه أحدهما مما وجب على صاحبه فهو متطوّع، وما أنفق أحدهما مما يجب على الآخر بأمر القاضي رجع عليه كأن صاحبه أمره به، لأن ولاية القاضي عامة. وعن أبي حنيفة أنه لا يرجع إذا كان صاحبه حاضر وإن كان بأمر القاضي. وقال أبو يوسف إنه يرجع في الوجهين، وهي فرع مسألة الحجر، والله أعلم.

استوفي مرتين فيلزمه ردّ أحدهما، وأما الإبراء فيسقط الدين فلا يبقى الضمان بعد انعدام أحد المعنيين. إلى هنا لفظ النهاية. وسيجيء من المصنف في آخر كتاب الرهن ما يطابق ذلك في الفرق بين ثينك المسألتين فتبصر. قال تاج الشريعة: فإن قلت: ينبغي أن لا يبقى الرهن مضموناً بعد قبض الدين إذا هلك الرهن قبل التسليم، لأن حكم الرهن لم يبق، قلت: بقي احتمال استحقاق الحبس لاحتمال أن يستحق المؤدى وحينئذٍ يظهر أنه ما استوفى حقه فكان له استحقاق الحبس انتهى. وردّ صاحب العناية هذا الجواب حيث قال بعد ذكر السؤال والجواب: فيه نظر، لأن الاحتمال لا يوجب التحقيق لا سيما إذا لم ينشأ عن دليل انتهى. أقول: الحق في الجواب عن أصل السؤال أن يقال: الدين لا يسقط بالقضاء كما يسقط بالإبراء لقيام الموجب وهو الذمة، بل يبقى على حاله، ولكن لا يطالب به لتعذر الاستيفاء كما صرح به المصنف في آخر كتاب الرهن أثناء الفرق بين مسألة إبراء المرتهن الراهن عن الدين ومسألة استيفاء المرتهن الرهن، فإذا بقي الدين بعد قضاء مثله يبقى حكم الرهن أيضا ما لم يسلم إلى الراهن فيبقى مضموناً بالهلاك إلى أن يسلم إلى الراهن، تأمل تقف انتهى، والله الموفق للصواب.

بالمالية، فإن قيل: لما كان العشر متعلقاً كان استحقاقه كاستحقاق جزء من الأرض لكون كل واحد منهما عيناً ورد عليه عقد الرهن فإن وضع المسألة فيما إذا ارتهن أرضاً عشرية مع شجر أو زرع فيها فأخذ العشر والاستحقاق في جزء من الأرض يبطل الرهن لظهور الشيوع فيه فكذا في استحقاق العشر. أجاب بقوله: **(ولا يبطل الرهن في الباقي لأن وجوبه)** أي وجوب العشر **(لا ينافي ملكه)** في جميع ما رهنه، ألا ترى أنه لو باعه جاز، ولو أدّى العشر مع موضع آخر جاز فصح الرهن في الكل ثم خرّج جزء معين فلم يتمكن الشيوع في الرهن لا مقارناً ولا طارئاً، بخلاف الاستحقاق لأن الملك المستحق ملك الغير فلم يصح الرهن فيه، وكذا فيما وراءه لأنه مشاع قوله: **(وما أدّاه أحدهما مما وجب على صاحبه)** يعني من أجرة وغيرها **(فهو متطوّع)** لأنه قضى دين غيره بغير أمره **(وما أنفق أحدهما مما يجب على الآخر)** فإن كان بغير أمر القاضي فكذلك، وإن كان بأمره رجع عليه كأنّ صاحبه أمره به لعموم ولاية القاضي. وقد قيل: إنه بمجرد أمر القاضي بالنفقة لا يصير ديناً على الراهن ما لم يجعله ديناً عليه بالتنصيص، لأن أمره ها هنا ليس للإلزام، فإنه لا يلزمه شيء منها بالاتفاق فيكون الأمر بذلك متردداً بين الإنفاق حسبة وديناً، فعند الإطلاق يثبت الأدنى. وقوله: **(وهي فرع مسألة الحجر)** فمذهب أبي حنيفة أن القاضي لا يلي على الحاضر وعندهما يلي عليه. يعني عند أبي يوسف ومحمد لما نفذ حجر القاضي على الحرّ كان نافذاً حال غيبته وحضرته، وعند أبي حنيفة لو نفذ عليه أمر القاضي حال حضوره يصير محجوراً عليه وهو لا يراه بخلاف حال غيبته لأن فيها ضرورة.

قوله: **(ألا يرى أنه لو باعه جاز)** أقول: يعني لو باع الجميع في غير الرهن جاز البيع قبل أداء العشر.

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

قال: (ولا يجوز رهن المشاع) وقال الشافعي: يجوز، ولنا فيه وجهان: أحدهما يبتنى على حكم الرهن، فإنه

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

لما ذكر مقدمات مسائل الرهن ذكر في هذا الباب تفصيل ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز، إذ التفصيل إنما يكون بعد الإجمال قوله: (ولا يجوز رهن المشاع) قال صاحب العناية: رهن المشاع القابل للقسمة وغيره فاسد يتعلق به الضمان إذ قبض، وقيل باطل لا يتعلق به ذلك، وليس بصحيح لأن الباطل منه هو فيما إذا لم يكن الرهن مالاً أو لم يكن المقابل به مضموناً، وما نحن فيه ليس كذلك بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه، إلى هنا لفظه، أقول: إن قوله بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه حشوٌ مفسد، إذ الظاهر أنه علة لقوله وما نحن فيه ليس كذلك، وليس بصحيح إذ لا شك أن ما نحن فيه وهو رهن المشاع ليس مما لم يكن الرهن مالاً ولا مما لم يكن المقابل به مضموناً، فإن الشيوع لا ينافي المالية قطعاً حتى يكون رهن المشاع مما لم يكن الرهن مالاً، وكذا الشيوع في الرهن لا يقتضي أن لا يكون المقابل به مضمونا بل يتصوّر فيما إذا كان المقابل به مضموناً أيضاً كما لا يخفى. ثم لا شك أنه لا بناء لشيء من ذلك على كون القبض شرط تمام عقد الرهن لا شرط جوازه، بل ذلك أمر مقرّر سواء كان القبض شرط تمام عقد الرهن أو شرط جوازه كما لا يخفى على ذي مسكة، فلا وجه لجعل قوله بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه علة لقوله وما نحن فيه ليس كذلك. وزعم بعض الفضلاء أن قوله بناء على أن القبض شرط تمام العقد إلخ علة لقوله لأن الباطل منه هو فيما إذا لم يكن الرهن مالاً أو لم يكن المقابل به مضموناً حيث قال في بيان قوله بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه: يعنى أن الحكم بكون الباطل منحصراً فيما ذكره بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه، فإنه إذا كان شرط الجواز لم يصح الحصر انتهى. أقول: ليس هذا أيضا بصحيح لأنه مع كون الفصل بقوله وما نحن فيه ليس كذلك مما يأبى جدا كون قوله بناء على أن القبض إلى آخره علة لما قبل ذلك لا يصح بناء أن الحكم بكون الباطل من الرهن منحصراً فيما ذكره من الصورتين على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه. قوله فإنه إذا

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

لما ذكر مقدمات مسائل الرهن ذكر في هذا الباب تفصيل ما يجوز ارتهانه وما لا يجوز، إذ التفصيل إنما يكون بعد الإجمال. قال: (ولا يجوز رهن المشاع الخ) رهن المشاع القابل للقسمة وغيره فاسد يتعلق به الضمان إذا قبض؛ وقيل باطل لا يتعلق به ذلك وليس بصحيح لأن الباطل منه هو فيما إذا لم يكن الرهن مالاً أو لم يكن المقابل به مضموناً وما نحن فيه ليس كذلك بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه. وقال الشافعي رحمه الله: هو جائز ولم يذكر له في الكتاب دليلاً لأن أصل دليله، ومعظمه قد علم في ضمن ذكر دليلنا على ما سيظهر، ودليلنا موقوف على مقدمة هي أن العقود شرعت لأحكامها، فإذا فات الحكم كان العقد غير معتبر، وتقرير الوجه الأول من كلامه حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء على ما تناوله العقد لما بينا أنه وثيقة لجانب الاستيفاء، وثبوت يد الاستيفاء فيما تناوله العقد وهو المشاع غير متصوّر لأن اليد تثبت على معين والمرهون من المشاع غير معين والمعين غير غير المعين فتكون اليد ثابتة على غير المرهون وفيه فوات حكمه. وأدرج المصنف رحمه الله دليل الشافعي رحمه الله بين الوجهين وهو قوله وعنده المشاع يقبل ما هو الحكم عنده وهو تعينه للبيع،

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

قوله: (بناء على أن القبض شرط تمام العقد) أقول: يعني أن الحكم بكون الباطل منحصراً فيما ذكره بناء على أن القبض الخ، فإنه إذا كان شرط الجواز لم يصح الحصر قوله: (لا شرط جوازه) أقول: مخالف لما قدمت يداه قوله: (وتقرير الوجه الأول من كلامه حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء الخ) أقول: مقتضى ظاهر هذا التقرير بطلان رهن المشاع فتأمل، فإنه يجوز أن يقال المراد حكم الرهن الصحيح ثبوت يد الاستيفاء.

عندنا ثبوت يد الاستيفاء، وهذا لا يتصور فيما يتناوله العقد وهو المشاع. وعنده المشاع يقبل ما هو الحكم عنده وهو تعينه للبيع. والثاني أن موجب الرهن هو الحبس الدائم، لأنه لم يشرع إلا مقبوضاً بالنص، أو بالنظر إلى

كان شرط الجواز لم يصح الحصر ممنوع، فإن مجرد انتفاء شرط الجواز لا يستلزم بطلان العقد بل يتصوّر انتفاء ذلك فيما إذا انعقد العقد بصفة الفساد أيضا، وإنما الذي يستلزم بطلان العقد شرط الانعقاد، وإنما هو في عقد الرهن أن يكون الرهن مالاً وأن يكون المقابل به مضموناً لا غير، ويدل على ذلك كله ما ذكر في الذخيرة والمغني ونقل عنهما في النهاية وغيرها، وهو أن الباطل من الرهن ما لا يكون منعقداً أصلاً كالباطل من البيوع، والفاسد منه ما يكون منعقداً لكن بوصف الفساد كالفاسد من البيوع، وشرط انعقاد الرهن أن يكون الرهن مالاً والمقابل به مضموناً، ففي كل موضع كان الرهن مالاً والمقابل به مضموناً، إلا أنه بفقد بعض شرائط الجواز ينعقد الرهن لوجود شرط الانعقاد لكن بصفة الفساد لانعدام بعض شرط الجواز، وفي كل موضع لم يكن الرهن مالاً أو لم يكن المقابل به مضموناً لا ينعقد الرهن أصلاً انتهى فتدبر قوله: **(والثاني أن موجب الرهن هو الحبس الدائم لأنه لم يشرع إلا مقبوضاً)** أقول: لقائل أن يقول: إن أراد بقوله إنه لم يشرع إلا مقبوضاً أن عقد الرهن لم يجز إلا مقبوضا يكون هذا القول منه مناقضاً لما ذكره في صدر كتاب الرهن من أن القبض شرط لزوم الرهن لا شرط جوازه، وإن أراد بذلك أنه لم يلزم إلا مقبوضاً لا يتم التقريب إذ المدعي ها هنا عدم جواز رهن المشاع لا عدم لزومه فتأمل في الدفع قوله: **(أو بالنظر إلى المقصود منه وهو الاستيثاق من الوجه الذي بيناه)** قال صاحب النهاية: وهو قوله وليكون عاجزاً عن الانتفاع فيتسارع إلى قضاء الدين لحاجته أو لضجره انتهى. واقتفى أثره في هذا التفسير جماعة من الشراح، منهم صاحب العناية حيث قال: يعني ما مر من قوله ولكون عاجزاً عن الانتفاع فيتسارع إلى قضاء الدين لحاجته أو لضجره. أقول: علل المصنف فيما مرّ كون الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء بعلتين حيث قال: ليقع الأمن من الجحود مخافة جحود المرتهن الرهن، وليكون عاجزاً عن الانتفاع فيتسارع الدائن لحاجته أو لضجره انتهى. فليت شعري ما حمل هؤلاء الشراح على حملهم قول المصنف ها هنا من الوجه الذي بيناه على العلة الثانية فقط دون مجموع العلتين كما هو الظاهر، أو على العلة الأولى لتقدمها في الذكر هناك. والعجب من صاحب العناية أنه قال في شرح قول المصنف وكل ذلك يتعلق بالدوام: أي كل ما مر من قوله إلا مقبوضاً بالنص أو بالنظر إلى المقصود ويتعلق بالدوام، وقال: أما تعلقه بالدوام بالنظر إلى المقصود فظاهر، فإنه لو تمكن من الاسترداد بما جحد الرهن والدين جميعاً فيفوت الاستيثاق انتهى. فقد جعل مدار الاستيثاق في البيان هو العلة الأولى على خلاف ما فسر به مراد

فيكون تقرير كلامه حكم الرهن تعينه للبيع والمشاع عين يجوز بيعه، فحكم الرهن يجوز في المشاع، وإذا كان الحكم متصوراً كان العقد مقيداً، وتقرير الثاني أن موجب الرهن: أي موجب حكمه: يعني لازمه هو الحبس الدائم لأنه لم يشرع إلا مقبوضاً بالنص وهو قوله تعالى: ﴿فرهان مقبوضة﴾ أو بالنظر إلى المقصود وهو الاستيثاق من الوجه الذي بيناه: يعني ما مر من قوله وليكون عاجزاً عن الانتفاع فيتسارع إلى قضاء الدين لحاجته أو لضجره **(وكل ذلك)** أي كل ما مر من قوله لم يشرع إلا مقبوضاً بالنص أو بالنظر إلى المقصود **(يتعلق بالدوام)** أما تعلقه بالدوام بالنظر إلى المقصود فظاهر، فإنه لو تمكن من الاسترداد ربما جحد الرهن والدين جميعاً فيفوت الاستيثاق. وأما بالنظر إلى النص فلأنه لما وجب القبض ابتداء وجب بقاء، لأن ما تعلق بالمحل فالابتداء والبقاء فيه سواء كالمحرمية في النكاح، وقد علمت أن حكم الرهن عندنا ثبوت يد الاستيفاء وهو لا يكون إلا بالقبض والقبض فيما نحن فيه يقتضي الدوام فكان دوام الحبس لازماً بحكم الرهن ويفوت في المشاع، والداعي إلى هذا التوجيه تخليص الكلام عن التكرار فإنه قال: أحدهما يتبني على حكم الرهن، والثاني أن موجب الرهن فلو كان الموجب مفسراً بالحكم كما هو المعهود تكرر كلامه وقوله: **(ولا يفضي إليه)** أي إلى دوام الحبس من تمام الدليل: يعني ثبت أنه لا بد من الدوام، ولا يفضي إليه إلا استحقاق الحبس ولا استحقاق للحبس في المشاع لأنه لا بد من المهايأة، فكأنه

المقصود منه وهو الاستيثاق من الوجه الذي بيناه، وكل ذلك يتعلق بالدوام، ، ولا يفضي إليه إلا استحقاق الحبس، ولو جوّزناه في المشاع يفوت الدوام لأنه لا بد من المهايأة فيصير كما إذا قال رهنتك يوماً ويوماً لا، ولهذا لا يجوز فيما يحتمل القسمة وما لا يحتملها، بخلاف الهبة حيث يجوز فيما لا يحتمل القسمة، لأن المانع في الهبة غرامة القسمة وهو فيما يقسم، أما حكم الهبة الملك والمشاع يقبله، وها هنا الحكم ثبوت يد الاستيفاء والمشاع لا يقبله وإن كان لا يحتمل القسمة، ولا يجوز من شريكه لأنه لا يقبل حكمه على الوجه الأول، وعلى الوجه الثاني يسكن يوماً بحكم الملك ويوماً بحكم الرهن فيصير كأنه رهن يوماً ويوماً لا. والشيوع الطارىء يمنع بقاء الرهن في رواية الأصل، وعن أبي يوسف أنه لا يمنع لأنه حكم البقاء أسهل من حكم الابتداء فأشبه الهبة. وجه الأول أن الامتناع لعدم المحلية وما يرجع إليه، فالابتداء والبقاء سواء كالمحرمية في باب النكاح، بخلاف الهبة لأن المشاع يقبل حكمها وهو الملك، واعتبار القبض في الابتداء لنفي الغرامة على ما بيناه، ولا حاجة إلى اعتباره في حالة البقاء

المصنف فيما قبل تبصر قوله: (**بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو أن يقول رهنتك هذا لتقرضني ألف درهم وهلك في يد المرتهن حيث يهلك بما سمى من المال بمقابلته**) قال في غاية البيان: فيه تسامح. لأنه يهلك بالأقل من قيمته ومما سمى له من القرض؛ ألا ترى إلى ما قال الإمام الإسبيجابي في شرح الطحاوي: ولو أخذ الرهن بشرط أن يقرضه كذا فهلك في يده قبل أن يقرضه هلك بالأقل من قيمته ومما سمى له من القرض انتهى. وقال تاج الشريعة: في شرح قول المصنف حيث يهلك بما سمى من المال بمقابلته: هذا إذا ساوى الرهن الدين قيمة، وإنما أطلق جرياً على العادة إذ الظاهر أن يساوي الرهن الدين انتهى. واقتفى أثره صاحب العناية. أقول: فيه قصور بين، فإن ما ذكر في الكتاب كما يتمشى فيما إذا ساوى قيمة الرهن الدين الموعود وهو ما سمى له من القرض يتمشى أيضا فيما إذا كانت قيمة الرهن أكثر من ذلك فلا وجه لتخصيصه بصورة المساواة. فالحق أن يقال في البيان: هذا إذا ساوى قيمة الرهن ما سمى له من القرض أو كانت قيمته أكثر من ذلك، وأما إذا كانت قيمة الرهن أقل من ذلك فيهلك بقيمة الرهن، إذ قد تقرّر فيما مر أن الرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين ولكن المصنف ذكر هاهنا قوله حيث يهلك بما سمى له من القرض في صورة الإطلاق جرياً على ما هو الظاهر الغالب من كون قيمة الرهن مساوية للدين أو أكثر من ذلك قوله: (**ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لما بينا**) قال جمهور الشراح: يريد به قوله لأن الثمن بدله. أقول: ليس هذا بتفسير سديد، لأن كون الثمن بدل العبد المبيع لا يقتضي أن يكون هلاك المرهون بالثمن دون المبيع، ألا يرى أن رأس المال في المسألة الأولى كان بدل الطعام المسلم فيه مع هلاك الرهن بعد التفاسخ هناك كان بالمبيع دون الثمن. والصواب أن مراد المصنف بقوله ما بينا إنما هو الإشارة إلى قوله لأنه رهنه به وإن كان

يقول له رهنتك يوماً دون يوم، ولا شك في عدم استحقاقه للحبس سوى يوم فيفوت الدوام الواجب تحققه (**ولهذا**) أي ولأن الدوام يفوت في المشاع تساوي ما يحتمل القسمة وما لا يحتملها في الرهن، بخلاف الهبة على ما ذكره في الكتاب وقوله: (**ولا يجوز**) أي الرهن (**من شريكه**) على الوجهين جميعاً. أما على الوجه الأول فإنه لا يقبل حكمه. وأما على الثاني فلأنه يفوت به دوام الحبس كما تقدم. وصورة الشيوع الطارىء أن يرهن الجميع ثم يتفاسخا في البعض، أو أذن الراهن للعدل أن يبيع الرهن كيف شاء فباع نصفه وأنه يمنع بقاء الرهن في رواية الأصل، وكلامه واضح. قال: (**ولا رهن ثمرة على رؤوس النخيل دون النخيل**) هذا معطوف على قوله ولا يجوز رهن المشاع وعلته علته، فإن الأصل الجامع أن اتصال المرهون بغير المرهون يمنع جواز الرهن لانتفاء القبض في المرهون وحده لاختلاطه بغيره. وقوله: (**بخلاف المتاع في الدار**) يعني إذا رهن دار مشغولة بأمتعة الراهن لم يصح الرهن لأنها لما لم تكن تابعة للدار بوجه لم تدخل في رهنها من غير ذكر فانتفى القبض؛ ألا ترى أنه لو باع الدار بكل قليل وكثير هو فيها أو منها لم تدخل الأمتعة، بخلاف ما لو باع النخيل بكل قليل وكثير هو فيها أو منها فإنه تدخل الثمار فتدخل في الرهن لاتصالها بها خلقة. وقوله: (**ولو استحق بعضه**) يعني بعض الرهن بأن رهن داراً أو أرضاً فاستحق بعضها، فإما أن يكون الباقي غير مشاع بأن كان المستحق جزءاً معيناً غير مشاع أو كان مشاعاً، فإن كان الأول

ولهذا يصح الرجوع في بعض الهبة، ولا يجوز فسخ العقد في بعض الرهن. قال: **(ولا رهن ثمرة على رؤوس النخيل دون النخيل، ولا زرع الأرض دون الأرض، ولا رهن النخيل في الأرض دونها)** لأن المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة فكان في معنى الشائع **(وكذا إذا رهن الأرض دون النخيل أو دون الزرع أو النخيل دون الثمر)** لأن الاتصال يقوم بالطرفين، فصار الأصل أن المرهون إذا كان متصلاً بما ليس بمرهون لم يجز لأنه لا يمكن قبض المرهون وحده. وعن أبي حنيفة أن رهن الأرض بدون الشجر جائز لأن الشجر اسم للنابت فيكون استثناء الأشجار بمواضعها، بخلاف ما إذا رهن الدار دون النباء لأن النباء اسم للمبنى فيصير راهناً جميع الأرض وهي مشغولة بملك الراهن **(ولو رهن النخيل بمواضعها جاز)** لأن هذه مجاورة وهي لا تمنع الصحة **(ولو كان فيه ثمر يدخل في الرهن)** لأنه تابع لاتصاله به فيدخل تبعاً تصحيحاً للعقد، بخلاف البيع لأن بيع النخيل بدون الثمر جائز، ولا ضرورة إلى إدخاله من غير ذكره، بخلاف المتاع في الدار حيث لا يدخل في رهن الدار من غير ذكر لأنه ليس بتابع بوجه ما، وكذا يدخل الزرع والرطبة في رهن الأرض ولا يدخل في البيع لما ذكرنا في الثمرة **(ويدخل البناء والغرس في رهن الأرض والدار والقرية)** لما ذكرنا **(ولو رهن الدار بما فيها جاز. ولو استحق بعضه، إن كان الباقي يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقي رهناً بحصته وإلا بطل كله)** لأن الرهن جعل كأنه ما ورد إلا على الباقي، ويمنع التسليم كون الراهن أو متاعه في الدار المرهونة، وكذا متاعه في الوعاء المرهون، ويمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل عليها فلا يتم حتى يلقي الحمل لأنه شاغل لها، بخلاف ما إذا رهن الحمل دونها حيث يكون رهناً تاماً إذا دفعها إليه، لأن الدابة مشغولة به فصار كما إذا رهن متاعاً في دار أو في وعاء دون الدار والوعاء، بخلاف ما إذا رهن سرجاً على دابة أو لجاماً في رأسها ودفع الدابة مع السرج واللجام حيث لا يكون رهناً حتى ينزعه منها ثم يسلمه إليه لأنه من توابع الدابة بمنزلة الثمرة للنخيل حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر. قال: **(ولا يصح الرهن بالأمانات)** كالودائع والعواري والمضاربات **(ومال الشركة)** لأن القبض في باب الرهن قبض مضمون فلا بد من ضمان ثابت ليقع القبض مضموناً

محبوساً بغيره: يعني أن هلاك المرهون بما هو الأصل حين انعقاد الرهن وإن كان المرهون محبوساً قبل الهلاك بغيره أيضا لقيامه مقامه، وبهذا يتم كون المسألة الثانية نظيرا للمسألة الأولى تأمل تفهم قوله: **(وكذلك لو سلطا المرتهن على بيعه)** قال صاحب الغاية، أي كما أن الأب والوصيّ يضمنان للصبي إذا هلك عبده الذي رهناه عند المرتهن فكذلك يضمنان إذا سلطا المرتهن على بيعه فباعه انتهى. أقول: ليس هذا بشرح صحيح، إذ يأبى عنه جداً قول المصنف في التعليل لأنه توكيل بالبيع وهما يملكانه. والصواب أن مراد المصنف ها هنا هو أن الأب والوصي كما يجوز لهما أن يرهنا بدين عليهما عبداً للصغير كذلك يجوز لهما أن يسلطا المرتهن على بيع ذلك العبد، فحينئذٍ ينتظم التعليل المذكور ويظهر وجه ترك المصنف فيه فباعه بعد قوله وكذلك لو سلطا المرتهن على بيعه، إذ لو كان

صح الرهن لأنه تبين أن الرهن من الابتداء كان ما بقي وهو غير مشاع وكان جائزاً، وإن كان الثاني تبين أن الرهن من الأول مشاع وهو مانع. وقوله: **(حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر)** يعني قال المشايخ رحمهم الله: إذا رهن دابة عليها لجام أو سرج دخل ذلك في الرهن من غير ذكر تبعاً. وقوله: **(ولا يصح الرهن بالأمانات)** قد تقدم ذكره. وقوله: **(والرهن بالدرك باطل)** قد تقدم غير مرة أن الدرك هو رجوع المشتري بالثمن على البائع عند استحقاق المبيع. وصورة الرهن بذلك أن يبيع شيئاً ويسلمه إلى المشتري فيخاف المشتري أن يستحقه أحد فيأخذ من البائع رهناً بالثمن لو استحقه أحد وهو باطل حتى لا يملك المرتهن حبس الرهن، إن قبضه قبل الوجوب استحق المبيع أو لا. وأما الكفالة بذلك فهي جائزة، والفرق ما ذكره في الكتاب، وذكر في فائدة ضمان الدرك مع استحقاق رجوع المشتري على البائع عند استحقاق المبيع ضمن البائع دركه أو لا. لأنه إذا لم يضمن لا يقدر المشتري على الرجوع إلاّ إذا قضى القاضي بنقض البيع، وأما إذا ضمنه فإنه يرجع عليه قضى القاضي بنقض البيع بينهما أو لم ينقض، وهذا بناء على أن المبيع إذا استحق لم يتنقض البيع بينهما بدون رضا البائع أو قضاء القاضي. لأن احتمال إقامة البائع البينة على النتاج أو التلقي من جهة المستحق قائم، أما إذا قضى القاضي ثبت العجز وانفسخ العقد.

ويتحقق استيفاء الدين منه **(وكذلك لا يصح بالأعيان المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع)** لأن الضمان ليس بواجب، فإنه إذا هلك العين لم يضمن البائع شيئاً لكنه يسقط الثمن وهو حق البائع فلا يصح الرهن. فأما الأعيان المضمونة بعينها وهو أن يكون مضموناً بالمثل أو بالقيمة عند هلاكه مثل المغصوب وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم العمد يصح الرهن بها، لأن الضمان متقرّر، فإنه إن كان قائماً وجب تسليمه، وإن كان هالكاً تجب قيمته فكان رهناً بما هو مضمون فيصح. قال: **(والرهن بالدرك باطل والكفالة بالدرك جائزة)** والفرق أن الرهن للاستيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب، وإضافة التمليك إلى زمان في المستقبل لا تجوز. أما الكفالة فلالتزام المطالبة، والتزام الأفعال يصح مضافاً إلى المآل كما في الصوم والصلاة، ولهذا تصح الكفالة بما ذاب له على فلان ولا يصح الرهن، فلو قبضه قبل الوجوب فهلك عنده يهلك أمانة لأنه لا عقد حيث وقع باطلاً، بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو أن يقول رهنتك هذا لتقرضني ألف درهم وهلك في يد المرتهن حيث يهلك بما سمي من المال بمقابلته، لأن الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة، ولأنه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده فيعطي له حكمه كالمقبوض

مراده ما زعمه الشارح المزبور لكان ذلك القيد مما لا بد منه، بل كان عليه أن يزيد على ذلك القيد شيئاً آخر وهو أن يقول وأخذ ثمنه لنفسه بدل دينه على الراهن، إذ لو جعل ثمنه رهناً موضع عينه ولم يتلفه لا يضمنان شيئاً للصبي لأنهما يملكان رهن مال الصبيّ بدين عليهما ويملكان التوكيل ببيع ماله، فمن أين يلزمهما الضمان بمجرد تسليطهما المرتهن على بيعه وبيع المرتهن إياه إذا لم يتلف المرتهن ثمنه بل حفظه بدل المبيع قوله: **(وهو قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة في حقه إلحاقاً له بالأب)** قلت: قوله إلحاقاً له بالأب علة للمنفي دون النفي تأمل تقف قوله: **(ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز لاشتماله على أمرين جائزين)** قال صاحب العناية: يريد به رهن الأب والوصي متاع الصغير لدين على نفسه ورهنهما ذلك لدين على الصغير، وعلى هذا المعنى رأى جمهور الشراح ها هنا. أقول: فيه بعد عما يتحمله كلام المصنف، فإن الذي ذكره المصنف فيما قبل إنما هو رهن الأب متاع الصغير لدين على نفسه أو لدين على الصغير دون رهن الوصيّ إياه، فالظاهر أن الضمير في قوله ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير راجع إلى الأب فقط، فدرج رهن الوصي أيضا في بيان مراد المنصف ها هنا لا يناسب سياق كلامه. وأيضاً قال المصنف فيما بعد: وكذلك الوصيّ وكذلك الجد أب الأب إذا لم يكن الأب أو أوصي الأب. ولا يخفى أن هذا العطف والتشبيه يقتضي أن يكون قوله ولو رهنه بدين على نفسه وبدين علي الصغير مخصوصاً بالأب، فدرج الوصي في مضمونه لا يناسب لحاق كلامه. فالحق في شرح هذا المقام ما ذكره صاحب العناية حيث

وقوله: **(بخلاف الرهن بالدين الموعود)** متصل بقوله يهلك أمانة، وصورته ما ذكر في الكتاب. وقوله: **(لأن الموعود)** يعنى من الدين جعل كالموجود باعتبار الحاجة. فإن الرجل يحتاج إلى استقراض شيء وصاحب المال لا يعطيه قبل قبض الرهن فيجعل الدين الموعود موجوداً احتيالاً للجواز دفعاً للحاجة عن المستقرض. فإن قيل: فليجعل المعدوم في الدرك موجوداً للاشتراك في الحاجة. أجيب بأن المعدوم يجعل موجوداً إذا كان على شرف الوجود، والظاهر من حال المسلم إنجاز وعده، والدرك ليس كذلك لأن الظاهر عدم الاستحقاق، فإن المسلم العاقل لا يقدم على بيع مال غيره. وقوله: **(لأنه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده)** أي وجود الدين وللمقبوض بجهة الشيء حكم ذلك الشيء كالمقبوض على سوم الشراء **(فيعطى له)** أي للذي قبض بجهة الرهن **(حكم الرهن)** حتى يهلك بما سمى من المال بمقابلته، ويجب على المقرض إيفاء ما وعده، وهذا إذا ساوى قيمة ما استقرضه، وإنما أطلق جرياً على أن الظاهر الغالب في الرهن أن يساوي الدين. فإن قيل:

قال المصنف: **(لأن الشجر اسم للنابت)** أقول: يعني اسم للنابت المخالط للأرض، إذ المشاجرة هي المخالطة.

قوله: **(إن قبضة قبل الوجوب)** أقول: وذلك: أي الوجوب بعد الحكم برد الثمن ينسخ البيع قوله: **(وذكر في فائدة ضمان الدرك)** أقول: هذه الفائدة ذكرها العلامة الكاكي محالاً على فصول الاستروشني قوله: **(لأن احتمال إقامة البائع البينة على التناج والتلقي من جهة المستحق قائم، أما إذا قضى القاضي ثبت العجز وانفسخ العقد)** أقول: والأقرب احتمال إجازة المستحق البيع.

على سوم الشراء فيضمنه. قال: **(ويصح الرهن برأس مال السلم وبثمن الصرف والمسلم فيه)** وقال زفر: لا يجوز لأن حكمه الاستيفاء، وهذا استبدال لعدم المجانسة، وباب الاستبدال فيها مسدود. ولنا أن المجانسة ثابتة في المالية فيتحقق الاستيفاء من حيث المال وهو المضمون على ما مر. قال: **(والرهن بالمبيع باطل)** لما بينا أنه غير مضمون بنفسه **(فإن هلك ذهب بغير شيء)** لأنه لا اعتبار للباطل فبقي قبضاً بإذنه **(وإن هلك الرهن بثمن الصرف ورأس مال السلم في مجلس العقد تم الصرف والسلم وصار المرتهن مستوفياً لدينه حكماً)** لتحقق القبض حكماً **(وإن افترقا قبل هلاك الرهن بطلا** لفوات القبض حقيقة وحكماً **(وإن هلك الرهن بالمسلم فيه بطل السلم بهلاكه)** ومعناها: أنه يصير مستوفياً للمسلم فيه فلم يبق السلم **(ولو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهناً برأس المال حتى يحبسه)**

قال: أراد بهما رهن الأب متاع الصغير بدين نفسه وبدين على الصغير انتهى. ثم قال صاحب العناية في بيان وجه قول المصنف لاشتماله على أمرين جائزين: وذلك لأنه لما ملك أن يرهن بدين كل واحد منهما على الانفراد ملك بدينهما لأن كل ما جاز أن يثبت لكل واحد من أجزاء المركب جاز أن يثبت للكل دون العكس انتهى. أقول: في هذه الكلية منع ظاهر؛ ألا يرى أن إنساناً أو فرساً يطيق تحمل كل واحد من أجزاء البيت المركب من الأحجار والأشجار مثلاً ولا يطيق تحمل الكل قطعاً، وإن رجلاً شجاعاً يطيق مقابلة كل واحد من آحاد العسكر على الانفراد ولا يطيق مقابلة مجموع العسكر معاً، وهذا في الأمور الخارجية. وأما في الأحكام الشرعية فكما أنه يجوز لرجل أن يجامع كل واحدة من الأختين منفردة عن الأخرى بملك نكاح أو بملك يمين ولا يجوز له أن يجمعها معاً في

قياس هذا بالمقبوض على سوم الشراء غير صحيح، لأن الواجب فيه القيمة وفيما نحن فيه الموعود. فالجواب أن التساوي بين المقيس والمقيس عليه في جميع الوجوه ليس بلازم، واعتباره به من حيث أنه يهلك مضموناً لا أمانة. وأما الفرق بينهما من حيث وجوب القيمة والموعود فباعتبار أن ضمان الرهن ضمان استيفاء الدين وحيث جعل الدين موجوداً فيتقدر بقده، وضمان المقبوض على سوم الشراء ضمان مبتدأ يجب بالعقد إذ ليس للبائع على المشتري شيء قبل البيع فيجعل مضموناً بالقيمة عند تعذر إيجاب المسمى كضمان الغصب. وقوله: **(فيضمنه)** أي فيضمن المرتهن ما قبض رهناً عن الدين الموعود. قال: **(ويصح الرهن برأس مال السلم الخ)** قال زفر رحمه الله: حكم الرهن الاستيفاء وهو واضح **(وهذا)** أي أخذ الرهن عن هذه الأشياء ليس باستيفاء لعدم المجانسة فكان استبدالاً، وباب الاستبدال فيها مسدود. قلنا: هو استيفاء لوجود المجانسة من حيث المالية، فإن الاستيفاء في الرهن إنما هو من حيث المالية. وأما عين الرهن فهو أمانة عنده، كما لو كان الرهن عبد فمات كان كفنه على الراهن، والأعيان من حيث المالية جنس واحد. فإن قيل: لو كان كذلك لصح الاستبدال في رأس المال في الصرف والسلم لوجود المجانسة من حيث المالية. فالجواب أن هذا غلط، لأنا إنما اعتبرنا التجانس من حيث المالية في الرهن لقيام الدليل على كونه مضموناً من حيث المالية، وعلى تعذر تملك العين لكونه أمانة وفي الاستبدال لا يكتفي بذلك لاحتياجه إلى تملك العين أيضا. وقوله: **(لفوات القبض حقيقة وحكما)** أما حقيقة فظاهر، وأما حكماً فلأن المرتهن إنما يصير قابضاً بالهلاك وكان بعد التفرق. وقوله: **(يكون ذلك رهناً برأس المال حتى يحبسه)** بالرفع لكون حتى بمعنى الفاء على ما عرف. وقوله: **(لأنه بدله)** أي لأن رأس المال بدل المسلم فيه، وبدل الشيء يقوم مقامه كالرهن بالمغصوب إذا هلك فإنه رهن بقيمته، وهذا الذي ذكره جواب الاستحسان. وفي القياس: ليس له أن يحبسه لأن ذلك الرهن كان بالمسلم فيه وقد سقط. ورأس المال دين آخر واجب بسبب آخر هو والقبض فلا يكون رهناً به. كما لو كان له على آخر عشرة دراهم ودنانير

قوله: **(وهذا إذا ساوى قيمة ما استقرضه)** أقول: فيه بحث فإنه إذا كان المسمى أقل من قيمته لهلك بما سمى أيضاً قوله: **(وإنما أطلق جرياً على أن الظاهر الغالب)** أقول: ممنوع قوله: **(وضمان المقبوض على سوم الشراء ضمان مبتدأ يجب بالعقد)** أقول: الأصوب وضمان المبيع ضمان مبتدأ كما وقع في غيره من الشروح ثم في قوله يجب العقد بحث قوله: **(عند تعذر إيجاب المسمى)** أقول: لانتفاء البيع وإن وجد القبض بجهته.

لأنه بدله فصار كالمغصوب إذا هلك وبه رهن يكون رهناً بقيمته **(ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بالطعام المسلم فيه)** لأنه رهنه به، وإن كان محبوساً بغيره كمن باع عبداً وسلم المبيع وأخذ بالثمن رهناً ثم تقايلا البيع له أن يحبسه لأخذ المبيع لأن الثمن بدله، ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لما بينا؛ وكذا لو اشترى عبداً شراء فاسداً وأدى ثمنه له أن يحبسه ليستوفي الثمن، ثم لو هلك المشتري في يد المشتري يهلك بقيمته فكذا هذا. قال: **(ولا يجوز رهن الحرّ والمدبر والمكاتب وأم الولد)** لأن حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء، ولا يتحقق الاستيفاء من هؤلاء لعدم المالية في الحرّ وقيام المانع في الباقين، ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس، وكذا بالقصاص في النفس وما دونها لتعذر الاستيفاء، بخلاف ما إذا كانت الجناية خطأ لأن استيفاء الأرش من الرهن ممكن **(ولا يجوز الرهن بالشفعة)** لأن المبيع غير مضمون على المشتري **(ولا بالعبد الجاني والعبد المأذون المديون)** لأنه غير مضمون على المولى، فإنه لو

الجماع بشيء من ذينك السببين، ولعل سائر الشراح وصاحب الكافي تنبهوا لعدم صحة الكلية فقالوا في البيان والتعليل: وذلك لأنه لما ملك أن يرهن بدين كل واحد منهما على الانفراد فكذلك يدينهما ولم يزيدوا على هذا المقدار شيئاً. لكن لا يخفى على الفطن المتأمل أن تعليلهم المذكور بدون تلك الكلية لا يفيد الشفاء في إثبات المدعي هنا، ثم إن بعض الفضلاء لما تنبه لاختلال الكلية الواقعة في كلام صاحب العناية قصد الإصلاح حيث قيد قوله لأن كل ما جاز أن يثبت لكل واحد من أجزاء المركب جاز أن يثبت للكل بأن قال: إذا لم يمنع مانع كما في

فرهن بالدنانير رهناً ثم أبرأه المرتهن عن الدنانير فإنه لا يكون رهناً بالدراهم. والجواب أن الدراهم ليست بدلاً من الدنانير بخلاف السلم. وقوله: **(ولو هلك الرهن الخ)** أي لو هلك الرهن في يد ربّ السلم بعد التفاسخ هلك بالطعام المسلم فيه حتى لم يبق لرب السلم مطالبة المسلم إليه بالطعام لأنه رهن به. وإن كان محبوساً بغيره: أي بغير المسلم فيه وهو رأس المال، وقوله: **(هلك بالطعام)** يشير إلى أنه لم يهلك برأس المال فعلى المرتهن وهو ربّ السلم أن يعطي مثل الطعام الذي كان على المسلم إليه ويأخذ رأس المال، لأن بقبض الرهن صارت ماليته مضمونة بطعام السلم. وقد بقي حكم الرهن إلى أن هلك فصار بهلاك الرهن مستوفياً طعام السلم. ولو استوفاه حقيقة قبل الإقالة ثم تقايلا أو بعد الإقالة لزمه ردّ المستوفى واسترداد رأس المال فكذلك ها هنا. وهذا لأن الإقالة في باب السلم لا تحتمل الفسخ بعد ثبوتها، فهلاك الرهن لا يبطل الإقالة. فإن قيل: ذمة ربّ السلم اشتغلت بمالية الرهن من الدراهم بقدر مالية إطعام وله على المسلم إليه دين من جنس مالية الرهن وهو رأس المال فوجب القصاص ولا يلزم على المسلم إليه ردّ الطعام. أجيب بأنا لا نسلم أن مالية الرهن ها هنا من الدراهم، فإن تقدير مالية الأشياء بالنقود ليس بحتم، وإنما جاء الشرع بتقديره بها تيسيراً فلا يقتضي الحجر على التقدير بغيرها، ولما جعلا الرهن بالطعام مع علمهما بأنه عقد استيفاء كان ذلك منهما تقدير المالية بالطعام تحقيقاً لغرضهما. فكان الرهن من جنس الطعام تقديراً، فعند هلاكه اشتغلت الذمة بالطعام دون الدراهم، فلا يكون ما عليه للمسلم إليه من جنس ماله على المسلم إليه متى يلتقيا قصاصاً. بل يلزمه ردّ مثل الطعام المسلم فيه لأنه استوفى المسلم فيه، والإقالة متقررة لما مر آنفاً أنها لا تحتمل الفسخ. وقوله: **(لما بينا)** يريد به قوله لأن الثمن بدله. وقوله: **(وأدّى ثمنه له أن يحبسه)** يعني أدّى ثمنه ثم أراد فسخه للمشتري أن يحبس العبد لاستيفاء الثمن، لأن العبد هناك بمنزلة الرهن عند المشتري لاستيفاء ثمنه من البائع، فإن هلك المشتري بعد الحبس في يده هلك بقيمته. وقوله: **(ولا يجوز رهن الحرّ والمدبر الخ)** كلامه واضح. وقوله: **(وقيام**

قوله: **(حتى لم يبق لرب السلم مطالبة المسلم إليه)** أقول: فيه بحث، فإنه لم تبق ذلك بالتفاسخ قبل أن يهلك الرهن قوله: **(ولا يلزم على المسلم إليه رد الطعام)** أقول: قوله على المسلم إليه متعلق بقوله رد الطعام، ثم أقول: الصواب أن يقال: ولا يلزم على رب السلم رد الطعام إذ الكلام فيه كما لا يخفى قوله: **(وقوله لما بينا يريد به قوله لأن الثمن بدله)** أقول بل يريد به قوله لأنه رهن به وإن كان محبوساً بغيره قال المصنف: **(لأن الاستيفاء من الأرش ممكن)** أقول: تأمل في تصحيحه، وذلك بتقدير المضاف: أي من رهن الأرش، ولو قال: لأن استيفاء الأرض من الرهن لكان بعيداً من التكلف قوله: **(والثاني أن المكفول غير مضمون به في نفسه الخ)** أقول: ولا يبعد أن يدعي انطواء التعليل الأول على الثاني، فإن تعذر الاستيفاء يجوز أن يكون لعدم مضمونية ما يقابله، إذ الاستيفاء تلو الوجوب على ما مر مراراً.

هلك لا يجب عليه شيء **(ولا بأجرة النائحة والمغنية، حتى لو ضاع لم يكن مضموناً)** لأنه لا يقابله شيء مضمون **(ولا يجوز للمسلم أن يرهن خمراً أو يرتهنه من مسلم أو ذمي)** لتعذر الإيفاء والاستيفاء في حق المسلم، ثم الراهن إذا كان ذمياً فالخمر مضمون عليه للذمي كما إذا غصبه، وإن كان المرتهن ذمياً لم يضمنها للمسلم كما لا يضمنها بالغصب منه، بخلاف ما إذا جرى ذلك فيما بينهم لأنها مال في حقهم، أما الميتة فليست بمال عندهم فلا يجوز رهنها وارتهانها فيما بينهم، كما لا يجوز فيما بين المسلمين بحال **(ولو اشترى عبداً ورهن بثمنه عبداً أو خلاً أو شاة مذبوحة ثم ظهر العبد حراً أو الخل خمراً أو الشاة ميتة فالرهن مضمون)** لأنه رهنه بدين واجب ظاهراً **(وكذا إذا قتل عبداً ورهن بقيمته رهناً ثم ظهر أنه حرّ)** وهذا كله على ظاهر الرواية **(وكذا إذا صالح على إنكار ورهن بما صالح عليه رهناً ثم تصادقا أن لا دين فالرهن مضمون)** وعن أبي يوسف خلافه، وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه. قال: **(ويجوز للأب أن يرهن بدين عليه عبداً لابنه الصغير)** لأنه يملك الإيداع، وهذا أنظر في حق الصبي منه، لأن قيام المرتهن بحفظه أبلغ خيفة الغرامة **(ولو هلك يهلك مضموناً والوديعة تهلك أمانة والوصي بمنزلة الأب)** في هذا الباب لما بينا. وعن أبي يوسف وزفر أنه لا يجوز ذلك منهما، وهو القياس اعتباراً بحقيقة الإيفاء. ووجه الفرق على الظاهر وهو الاستحسان أن في حقيقة الإيفاء إزالة ملك الصغير من غير عوض يقابله في الحال، وفي هذا نصب حافظ لماله ناجزاً مع بقاء ملكه فوضع الفرق **(وإذا جاز الرهن يصير المرتهن متسوفياً دينه لو هلك في يده ويصير الأب)** أو الوصي **(موفياً له ويضمنه للصبي)** لأنه قضى دينه بماله، وكذا لو سلطا المرتهن على بيعه لأنه

الجمع بين الأختين وسائر ما لا يجوز الجمع بينهما. أقول: هذا التقييد يخل بالمقام، أما أولاً فلأن التعليل المذكور لا يتم إثباتاً للمدعي حينئذٍ، فإن عدم تحقق المانع فيما نحن فيه أول المسألة، إذ لو كان بيناً في نفسه لما احتيج إلى ذلك جواز رهن الأب متاع الصغير بدين على نفسه وبدين على الصغير بعد أن ذكر فيما قبل جواز رهنه إياه بكل واحد منهما. وأما ثانياً فلأنه لا يتم حينئذٍ قول صاحب العناية دون العكس، فإن ما يثبت للكل يجوز أن يثبت للجزء إذا لم يمنع عنه مانع سيما في الأمور الهينة قوله: **(ولهذا قال في كتاب الإقرار: إذا أقر الأب أو الوصيّ بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء لأنه لا يتصوّر غصبه لما أن له ولاية الأخذ)** وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال: لم لا يكون إقراراً بالاستعمال في حاجته فإنه متعدّ فيه ولهذا يضمنه انتهى. أقولُ: ليس ذلك بشيء فإن الاستعمال في

المانع في الباقين) يعني حق الحرية، ولهذا لو طرأت هذه التصرفات أبطلته، فإذا كانت مقارنة منعته. وقوله: **(ولا يجوز بالكفالة بالنفس)** لمعنيين: أحدهما ما ذكره في الكتاب أن استيفاء المكفول به من الرهن غير ممكن. والثاني أن المكفول به غير مضمون في نفسه، فإنه لو هلك لم يجب شيء وهما جاريان في القصاص في النفس وما دونه. وأما لو رهن عن بدل الصلح فيهما فإنه صحيح لأن البدل مضمون بنفسه، بخلاف ما إذا كانت الجناية خطأ، لأن **(استيفاء الأرش من الرهن ممكن)** ولو صالح عنها على عين ثم رهن بها رهناً لم يصح لأنه غير مضمون، فإنه إذا هلك ينفسخ الصلح فكان كالمبيع، وقوله: **(ولا يجوز بالشفعة)** صورته أن يطلب الشفيع الشفعة ويقضي القاضي بذلك فيقول للمشتري أعطني رهنا بالدار المشفوعة. وقوله: **(حتى لو ضاع)** يعنى الرهن لم يكن مضموناً لأنه لا يقابله شيء مضمون، ألا ترى أنهما لو رفعا الأمر إلى القاضي قبل الرهن فإنه لا يأمر المستأجر بتسليم الأجر. وقوله: **(فالرهن مضمون)** يعني بالأقل ومن قيمته من قيمة الرهن **(لأنه رهنه بدين واجب ظاهراً)** ألا ترى أن البائع والمشتري لو اختصما إلى القاضي قبل ظهور الحرية والاستحقاق فالقاضي يقضي بالثمن ووجوب الدين ظاهراً يكفي لصحة الرهن ولصيرورته مضموناً. وقوله: **(ثم ظهر أنه)** أي العبد المقتول **(حرّ)**

قال المصنف: **(وعن أبي يوسف وزفر أنه لا يجوز ذلك منهما وهو القياس)** أقول: فينبغي أن يكون هذا رواية ظاهرة عن زفر فلا يناسبه كلمة عن قوله: **(لا دين عليه في الموضعين)** أقول: يعني الأب والوصي قوله: **(وإن كان الرهن يصير مضموناً بالقيمة)** أقول: بل بأقل من الدين والقيمة، لا يقال: بنى كلامه على الأعم الأغلب وهو مساواة الدين الرهن لأنه ممنوع كما سبق قوله: **(فإن كان الرهن**

توكيل بالبيع وهما يملكانه. قالوا: أصل هذه المسألة البيع، فإن الأب أو الوصيّ إذا باع مال الصبيّ من غريم نفسه جاز وتقع المقاصة ويضمنه للصبيّ عندهما، وعند أبي يوسف لا تقع المقاصة، وكذا وكيل البائع بالبيع والرهن نظير البيع نظراً إلى عاقبته من حيث وجوب الضمان **(وإذا رهن الأب متاع الصغير من نفسه أو من ابن له صغير أو عبد له تاجر لا دين عليه جاز)** لأن الأب لوفور شفقته أنزل منزلة شخصين وأقيمت عبارته مقام عبارتين في هذا العقد كما في بيعه مال الصغير من نفسه فتولى طرفي العقد **(ولو ارتهنه الوصيّ من نفسه أو من هذين أو رهنا عيناً له من اليتيم بحق لليتيم عليه لم يجز)** لأنه وكيل محض والواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن كما لا يتولاهما في البيع، وهو قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة في حقه إلحاقاً له بالأب، والرهن من ابنه الصغير وعبده التاجر الذي ليس عليه دين بمنزلة الرهن من نفسه. بخلاف ابنه الكبير وأبيه وعبده الذي عليه دين لأنه لا ولاية له عليهم، بخلاف الوكيل بالبيع إذا باع من هؤلاء لأنه متهم فيه ولا تهمة في الرهن لأن له حكماً واحداً **(وإن استدان الوصي لليتيم في كسوته وطعامه فرهن به متاعاً لليتيم جاز)** لأن الاستدانة جائزة للحاجة والرهن يقع إيفاء للحق فيجوز **(وكذلك لو اتجر لليتيم فارتهن أو رهن)** لأن الأولى له التجارة تثميراً لمال اليتيم فلا يجد بداً من الارتهان والرهن لأنه إيفاء واستيفاء **(وإذا رهن الأب متاع الصغير فأدرك الابن ومات الأب ليس للابن أن يردّه حتى يقضي الدين)** لوقوعه لازماً من جانبه إذ تصرف الأب بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه **(ولو كان الأب رهنه لنفسه فقضاه الابن رجع به في مال الأب)** لأنه مضطر فيه لحاجاته إلى إحياء ملكه فأشبه معير الرهن **(وكذا إذا هلك قبل أن يفتكه)** لأن الأب يصير قاضياً دينه بماله فله أن يرجع عليه **(ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز)** لاشتماله على أمرين جائزين **(فإن هلك ضمن الأب حصته من ذلك للولد)** لإيفائه دينه من ماله بهذا المقدار، وكذلك الوصي، وكذلك الجدّ أب

حاجة نفسه ليس بداخل في حقيقة الغصب ولا أمر لازم له، إذ الغصب في اللغة أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب، وفي الشريعة أخذ مال متقوّم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده كما مر ذلك كله في صدر كتاب الغصب، ولا شك في عدم دخول الاستعمال في حاجة نفسه في شيء من معنيي الغصب ولا في عدم لزومه لشيء منهما فكيف يكون الإقرار بالغصب إقرار بالاستعمال في حاجته قوله: **(وفي الجامع الصغير: فإن رهن إبريق فضة وزنه عشرة بعشرة فضاع فهو بما فيه)** قال في العناية: وأتى برواية الجامع الصغير لاحتياجها إلى تفصيل ما ذكره انتهى. وقال بعض الفضلاء طعناً فيه: لا يخفى أن رواية القدوري أيضاً محتاجة إلى التفصيل انتهى. أقول: هذا كلام لغو، إذ لا يخفى أن رواية القدوري ليست بمحتاجة إلى تفصيل كثير مثل ما تحتاج إليه رواية الجامع الصغير، وليس مراد صاحب العناية أن رواية الجامع الصغير محتاجة إلى تفصيل ما حتى يقال: إن رواية القدوري أيضا محتاجة إلى ذلك، بل مراده أن رواية الجامع الصغير محتاجة إلى تفصيل كثير زائد على ما أحتاج إليه رواية القدوري

وقد هلك الرهن فإنه يهلك بالأقل من قيمته ومن قيمة الرهن. وقوله: **(ثم تصادقا أن لا دين فالرهن مضمون)** يعنى في ظاهر الرواية، وجهه ما ذكرنا أنه قبض بمال مضمون ظاهراً فكان كالدين الثابت حقيقة. وعن أبي يوسف رحمه الله خلافه: يعنى ليس عليه أن يردّ شيئاً لأنهما لما تصادقا أن لا دين فقد تصادقا على عدم الضمان، وتصادقهما حجة في حقهما والاستيفاء بدون الدين لا يتصوّر. وقوله: **(وكذا قياسة فيما تقدم من جنسه)** يعني أن الرواية عن أبي يوسف محفوظة في مسألة الصلح عن إنكار والمشايخ قالوا القياس يقتضي أن يكون حكم المسائل الباقية مسألة العبد والحل والشاة كذلك. وقوله: **(لابنه الصغير)** احتراز عن الابن الكبير، فإنه لا يجوز للأب أن يرهن عبده بدين نفسه إلا بإذن الابن. وقوله: **(لما بينا)** إشارة إلى قوله وهذا أنظر في حق الصبيّ، فإن هلك الرهن في يد المرتهن هلك فيه ويضمن الأب والوصيّ للصغير قيمة الرهن إذا كانت

لنفسه) أقول: أي لمصلحة نفسه قوله: **(جاز أن يثبت للكل)** أقول: إذا لم يمنع مانع كما في الجمع بين الأختين وسائر ما لا يجوز الجمع بينهم قوله: **(دون العكس)** أقول: كما في الوكيلين والوصيين لا يجوز التصرف لكل واحد قال المصنف: **(لما أن له ولاية الأخذ)** أقول: لم لا يكون إقراراً بالاستعمال في حاجته فإنه متعد فيه ولهذا يضمنه.

الأب إذا لم يكن الأب أو وصيّ الأب **(ولو رهن الوصيّ متاعاً لليتيم في دين استدانه عليه وقبض المرتهن ثم استعاره الوصي لحاجة اليتيم فضاع في يد الوصيّ فإنه خرج من الرهن وهلك من مال اليتيم)** لأن فعل الوصيّ كفعله بنفسه بعد البلوغ لأنه استعاره لحاجة الصبي، والحكم فيه هذا على ما نبينه إن شاء الله تعالى **(والمال دين على الوصيّ)** معناه هو المطالب به **(ثم يرجع بذلك على الصبي)** لأنه غير متعدّ في هذه الاستعارة إذ هي لحاجة الصبيّ **(ولو استعاره لحاجة نفسه ضمنه للصبيّ)** لأنه متعد إذ ليس له ولاية الاستعمال في حاجة نفسه **(ولو غصبه الوصيّ بعد ما رهنه فاستعمله لحاجة نفسه حتى هلك عنده فالوصيّ ضامن لقيمته)** لأنه متعدّ في حق المرتهن بالغصب والاستعمال. وفي حق الصبي بالاستعمال في حاجة نفسه، فيقضي به الدين إن كان قد حلّ **(فإن كان قيمته مثل الدين أداه إلى المرتهن ولا يرجع على اليتيم)** لأنه وجب لليتيم عليه مثل ما وجب له على اليتيم فالتقيا قصاصاً **(وإن كانت قيمته أقل)** من الدين **(أدى قدر القيمة إلى المرتهن وأدى الزيادة من مال اليتيم)** لأن المضمون عليه قدر القيمة لا غير **(وإن كانت قيمة الرهن أكثر من الدين أدى قدر الدين من القيمة إلى المرتهن والفضل لليتيم، وإن كان لم يحل الدين**

كما أتمه المصنف في مقدار تمام جانبي الورقة، وقد أشار إليه صاحب العناية بقوله إلى تفصيل ذكره فلغا ما قاله ذلك البعض كما لا يخفى قوله: **(والفرق لمحمد رحمه الله)** قال صاحب النهاية: أي على تقدير أن تكون هذه المسألة بناء على تلك المسألة، واقتفى أثره في هذا التفسير جماعة من الشراح منهم صاحب العناية، **أقول:** لم أدر كيف ذهبوا إلى هذا الشرح مع ظهور بطلانه، إذ قد صرّح المصنف بأن بناء على هذه المسألة على تلك المسألة لا يصح على الرواية المشهور في تلك المسألة، لأن محمداً فيها مع أبي حنيفة وفي هذه المسألة مع أبي يوسف، وذكر الشراح أن بناء هذه على تلك إنما يتصوّر على ما روى عيسى بن أبان أن محمدا مع أبي يوسف في تلك المسألة. ولا يخفى أن الفرق لمحمد بين المسألتين إنما يتصوّر على الرواية المشهورة في تلك المسألة دون رواية عيسى بن أبان فيها، فإن قول محمد واحد في المسألتين على روايته، فالفرق لمحمد ينافي البناء قطعاً. والصواب في شرح هذا المحل أن يقال: أي على تقدير أن لا تكون هذه المسألة بناء على تلك المسألة كما هو مقتضى الرواية المشهورة فيها، بل كانت مسألة مبتدأة كما هو الأصح كما ذكره شيخ الإسلام في مبسوطه ونقل عنه عامة الشراح ها هنا.

مثل الدين، وإن كانت القيمة أكثر ضمنا مقادر الدين دون الزيادة لأنهما فيها مودع ولهما الولاية على ذلك. وقوله: **(وعند أبي يوسف لا تقع المقاصة)** بل يبقى دين الغريم على الأب كما كان ويصير للصغير الثمن على المشتري. وقوله: **(وإذا رهن الأب متاع ابنه الصغير)** يريد بيان جواز أن يكون الأب راهناً ومرتهناً بالنسبة إلى مال واحد وهو أن يكون له دين على ابنه الصغير فيأخذ شيئاً رهناً من متاعه فيكون راهناً من جهة ابنه ومرتهناً لذاته. وقوله: **(أو عبد له تاجر لا دين عليه)** قيد بذلك لأن الشبهة على ذلك التقدير، أما إذا كان عليه دين فلا شك في جوازه وذلك لأنه يجوز من الوصيّ فلأن يجوز من الأب أولى، فلو رهن الوصيّ من عبده ولا دين عليه لم يجز. وذلك لأنا نجعل رهنه من عبده الذي لا دين عليه في الموضعين كرهنه من نفسه، إلا أنه لو رهن الأب من نفسه جاز فكذا إذا رهن من عبده، والوصيّ لو رهن من نفسه لم يجز فكذا من عبده. وهذا بناء على أن بيع الأب مال ولده من نفسه جائز، وإن لم يكن في ذلك منفعة ظاهرة بأن باع بمثل القيمة من نفسه فكذا جاز رهنه وإن كان الرهن يصير مضموناً بالقيمة، وأما بيع الوصيّ من نفسه فلا يجوز عندهم جميعاً بمثل القيمة فكذا رهنه من نفسه على ما ذكره في الكتاب وهو واضح، فالضمير في قوله من ابنه الصغير وابنه الكبير وعبده للوصي. وقوله: **(لأن له حكما واحداً)** يريد كونه مضمونا بالأقل من القيمة والدين، سواء رهنه عند هؤلاء أو عند أجنبي. وقوله: **(وإذا رهن الأب متاع الصغير)** يعني سواء كان لنفسه أو للصغير. وقوله: **(ومات الأب)** قيد اتفاقي، لأنه لو كان حياً كان الحكم كذلك. ثم إذا قضى لابن دين المرتهن. فإن كان الرهن لنفسه فذاك، وإن كان لوالده فله أن يرجع في مال والده لأنه مضطر فيه على ما ذكر في الكتاب. وقوله: **(لاشتماله على أمرين جائزين)** يريد به رهن الأب والوصيّ متاع الصغير بدين على نفسه ورهنهما ذلك

فالقيمة رهن) لأنه ضامن للمرتهن بتفويت حقه المحترم فتكون رهناً عنده، ثم إذا حل الأجل كان الجواب على التفصيل الذي فصلناه **(ولو أنه غصبه واستعمله لحاجة الصغير حتى هلك في يده يضمنه لحق المرتهن ولا يضمنه لحق الصغير)** لأن استعماله لحاجة الصغير ليس بتعدّ، وكذا الأخذ لأن له ولاية أخذ مال اليتيم، ولهذا قال في كتاب الإقرار: إذا أقرّ الأب أو الوصيّ بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء لأنه لا يتصوّر غصبه لما أن له ولاية الأخذ، فإذا هلك في يده يضمنه للمرتهن يأخذه بدينه إن كان قد حلّ، ويرجع الوصيّ على الصغير لأنه ليس بمتعد بل هو عامل له، وإن كان لم يحل يكون رهناً عند المرتهن، ثم إذا حل الدين يأخذ دينه منه ويرجع الوصي على الصبي بذلك لما ذكرنا. قال: **(ويجوز رهن الدراهم والدنانير والمكيل والموزون)** لأنه يتحقق الاستيفاء منه فكان محلاً للرهن **(فإن رهنت بجنسها فهلكت هلكت بمثلها من الدين وإن اختلفا في الجودة)** لأنه لا معتبر بالجودة عند المقابلة بجنسها، وهذا عند أبي حنيفة لأن عنده يصير مستوفياً باعتبار الوزن دون القيمة، وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه ويكون رهناً مكانه **(وفي الجامع الصغير: فإن رهن إبريق فضة وزنه عشرة بعشرة فضاع فهو بما فيه)** قال رضي الله عنه: معناه أن تكون قيمته مثل وزنه أو أكثر، هذا الجواب في الوجهين بالاتفاق، لأن الاستيفاء عنده باعتبار الوزن وعندهما باعتبار القيمة، وهي مثل الدين في الأول وزيادة عليه في الثاني فيصير بقدر الدين مستوفياً **(فإن كان قيمته أقل من الدين فهو على الخلاف)** المذكور. لهما أنه لا وجه إلى الاستيفاء بالوزن لما فيه من الضرر بالمرتهن. ولا إلى اعتبار القيمة لأنه يؤدي إلى الربا فصرنا إلى التضمين، بخلاف الجنس لينتقض القبض ويجعل مكانه ثم يتملكه. وله أن الجودة ساقطة العبرة في الأموال الربوية عند المقابلة بجنسها، واستيفاء الجيد بالرديء جائز كما إذا تجوّز به

ويفصح عما ذكرنا تحرير صاحب الكافي في هذا المقام حيث قال: وقيل هذه المسألة فرع ما إذا استوفى الزيوف مكان الجياد وهو لا يعلم به وهلكت الزيوف عنده ثم علم بالزيافة فإنه سقط دينه ولا شيء عليه في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: يضمن مثل ما قبض ويأخذ مثل حقه. وقول محمد أوّلاً كقول أبي حنيفة وآخراً كقول أبي يوسف، كذا ذكره عيسى بن أبان، والأصح أن هذه المسألة مبتدأة لأن محمدا مع أبي حنيفة في تلك المسألة في المشهور ومع أبي يوسف في هذه المسألة، والفرق لمحمد أنه قبض الزيوف إلى آخر كلامه تبصر قوله: **(فإذا كان الكفيل حاضراً بالمجلس والرهن معيناً اعتبرنا فيه المعنى)** قال صاحب الكفاية: أي معنى الشرط وهو الملاءمة.

بدين على الصغير، وذلك لأنه لما ملك أن يرهن بدين كل واحد منهما على الانفراد ملك بدينهما، لأن كل ما جاز أن يثبت لكل واحد من أجزاء المركب جاز أن يثبت للكل دون العكس. وقوله: **(كفعله بنفسه)** أي كفعل اليتيم بنفسه. وقوله: **(والحكم فيه هذا)** يعني لو كان اليتيم بالغاً فرهن متاعه بنفسه ثم استعاره من المرتهن فهلك في يده لم يسقط الدين لأن عند هلاك الرهن يصير المرتهن مستوفياً، ولا يمكن أن يجعل صاحب الدين مستوفياً لدينه باعتبار يد المديون، وإذا لم يسقط الدين بهلاكه يرجع المرتهن على الوصيّ بالدين كما كان يرجع به قبل الرهن، ويرجع به الوصي على اليتيم وقد ضاعت العين من مال اليتيم، لأنه إنما استعاره لحاجة اليتيم. وقوله: **(يضمنه لحق المرتهن)** يعني قدر الدين، ولا يضمنه لحق الصغير: يعني قدر الزيادة على الدين. وقوله: **(يأخذه بدينه)** أي يأخذ المرتهن ما ضمنه الوصيّ بمقابلة دينه فصله عما قبله للاستئناف. وقوله: **(لما ذكرنا)** إشارة إلى قوله لأنه ليس بمتعدّ بل هو عامل له قال: **(ويجوز رهن الدراهم والدنانير)** قد علمت أن كل ما يمكن الاستيفاء منه جاز أن يرهن بدين مضمون والدراهم والدنانير على هذه الصفة فيجوز رهنها، فإن رهنت بجنسها وهلكت بمثلها من الدين وإن اختلفا في الجودة، ولا معتبر بالجودة لسقوطها عند المقابلة بجنسها عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: يضمن القيمة من خلاف جنسه ويكون رهناً مكانه. وأتى برواية الجامع الصغير لاحتياجها إلى تفصيل ذكره. وقوله: **(فهو بما فيه)** يعنى فذلك الرهن يباع بمقابلة الدين كله. وقوله: **(في الوجهين)** يريد به ما يكون قيمته مثل وزنه او اكثر على ما ذكره

قوله: **(والدراهم والدنانير)** أقول: والمكيل والموزون كذلك، وإنما لم يذكرهما اكتفاء بذكر الدراهم والدنانير قوله: **(وأتى برواية الجامع الصغير لاحتياجها إلى تفصيل ذكره)** أقول: لا يخفى أن رواية القدوري أيضاً محتاجة إلى التفصيل.

وقد حصل الاستيفاء بالإجماع ولهذا يحتاج إلى نقضه، ولا يمكن نقضه بإيجاب الضمان لأنه لا بد له من مطالب ومطالب، وكذا الإنسان لا يضمن ملك نفسه وبتعذر التضمين يتعذر النقضُ وقيل هذه فريعة ما إذا استوفى الزيوف مكان الجياد فهلكت ثم علم بالزيافة يمنع الاستيفاء وهو معروف، غير أن البناء لا يصح على ما هو المشهور لأن محمداً فيها مع أبي حنيفة وفي هذا مع أبي يوسف. والفرق لمحمد أن قبض الزيوف ليستوفي من عينها، والزيافة لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك وقبض الرهن ليستوفي من محل آخر فلا بد من نقض القبض، وقد أمكن عنده بالتضمين، ولو انكسر الإبريق ففي الوجه الأول وهو ما إذا كانت قيمته مثل وزنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف لا

أقول: ليس هذا بسديد، إذ لا يساعده تحرير المصنف قطعاً، فإنه قال بعد قوله اعتبرنا فيه المعنى وهو ملائم فيصير معنى كلام المصنف على ما ذكره الشارح المذكور، وهو أي معنى الشرط الذي هو الملاءمة ملاءم ولا حاصل له كما لا يخفى، فالحق أن مراد المصنف اعتبرنا فيه المعنى: أي معنى الشرط الذي هو الاستيثاق، وهو أي هذا المعنى الذي هو الاستيثاق ملائم: أي ملائم للعقد لكونه مؤكداً موجب العقد فصح العقد، وهذا المعنى صحيح مطابق لقوله في وجه الاستحسان أنه شرط ملائم للعقد، لأن الكفالة والرهن للاستيثاق، وأنه ملائم للوجوب قوله: **(وإذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معيناً أو كان الكفيل غائباً حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة)** أقول: فيه شيء، وهو أن التعليل بقوله للجهالة قاصر عن إفادة تمام المدعي فإنه إنما يتمشى فيما إذا لم يكن الرهن والكفيل

في الكتاب. وقوله: **(على الخلاف المذكور)** يعني عند أبي حنيفة رحمه الله يهلك بالدين، وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه، وقوله: **(ثم يتملكه)** يعني الراهن يتملك الرهن الذي جعل مكان الرهن الأول، وقوله: **(واستيفاء الجيد بالرديء جائز)** قال في النهاية: هكذا وقع في النسخ، ولكن الأصح أن يقال: واستيفاء الرديء بالجيد جائز، وإنما قلنا إن هذا أصح لوجهين: أحدهما أن الاستدلال بقوله كما إذا تجوّز به أي في بدل الصرف والسلم يؤذن أن الأصح أن يقال: واستيفاء الرديء بالجيد، لأن التجوّز إنما يستعمل فيما إذا أخذ الرديء مكان الجيد، ولأن جواز استيفاء الجيد بالرديء لا شبهة لأحد فيه فلا يحتاج إلى الاستدلال بشيء آخر. والثاني الاستدلال بوضع المسألة. فإن وضع المسألة فيما إذا استوفى المرتهن بعشرته قيمة إبريق هي أقل من العشرة لرداءته فكان المرتهن مستوفياً الرديء بمقابلة جيده. وأرى أن ما في النسخ حق ويفيد ما يرميه صاحب النهاية رحمه الله فليتأمل. وقوله: **(وقد حصل الاستيفاء بالإجماع)** لما عرف أن بقبض الرهن يثبت الاستيفاء ولا ينتقض إلا بالرد، والفرض عدمه، ولا يمكن نقضه بإيجاب الضمان لأنه لا بد له من مطالب وهو إما أن يكون الراهن أو المرتهن، لا سبيل إلى الأولى لكونه متعنتاً لطلبه ما يضره، ولا المرتهن لأنه مطالب فلا يكون مطالباً، ولأنه يلزم تضمين الإنسان ملك نفسه لنفسه، وإذا لم يمكن نقضه تعذر التضمين. وقوله: **(قيل وهذه فريعة ما إذا الخ)** إنما يتصوّر جعلها فريعة تلك بناء على ما روى عيسى بن أبان رحمه الله أن محمداً مع أبي يوسف رحمهما الله في تلك المسألة. وأما على الرواية المشهورة فلا يتصوّر لأن محمداً فيها مع أبي حنيفة رحمه الله في هذه مع أبي يوسف رحمه الله. وقوله: **(والفرق لمحمد)** يعني على تقدير أن تكون هذه المسألة بناء على تلك المسألة أنه أي رب الدين قبض الزيوف ليستوفي حقه من عينها: أي أن يكون عينها مقام ماله عليه من الدين والزيافة لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك، وللمرتهن قبض الرهن ليستوفي دينه من محل آخر فكان قابلاً لرده بالضمان وأخذ مثل حقه فينتقض القبض. ووجه البناء ما قيل إن الزيف مقبوض للاستيفاء فيكون بمنزلة المقبوض لحقيقة الاستيفاء، وهناك المستوفي إذا تعذر ردّه بالهلاك يسقط حقه ولا يرجع بشيء عند أبي حنيفة لمكان الجودة،

قال المصنف: **(وقيل هذه فريعة ما إذا استوفى الزيوف مكان الجياد الخ)** أقول: فإن قلت: لا أولوية لكون هذه فرع تلك دون العكس، بل الظاهر أن كليهما فرعاً أصل واحد. قلت: بين كيفية التفرع في الشروح فراجعها قوله: **(يعني على تقدير أن تكون هذه المسألة بناء على تلك المسألة)** أقول: فيه بحث، إذ ينهدم حينئذٍ أمر البناء: يعني بناء على قول محمد كما لا يخفى على أولي النهى، إلا أن يقال: المراد كونها بناء عليها على قول أبي حنيفة وأبي يوسف: قوله: **(وعندهما)** أقول: على رواية عيسى بن أبان قوله: **(لعلمه بأن الهلاك)** أقول: هذا العلم بعد تقرير المسألة والكلام فيه قوله: **(فإما أن يكون مع ذهاب شيء من الدين أو مع كماله)** أقول: يعني أو مع كمال الدين.

يجبر على الفكاك لأنه لا وجه إلى أن يذهب شيء من الدين لأنه يصير قاضياً دينه بالجودة على الانفراد، ولا إلى أن يفتكه مع النقصان لما فيه من الضرر فخيرناه، إن شاء افتكه بما فيه وإن شاء ضمّنه قيمته من جنسه أو خلاف جنسه وتكون رهناً عند المرتهن، والمكسور للمرتهن بالضمان. وعند محمد إن شاء افتكه ناقصاً وإن شاء جعله بالدين اعتباراً لحالة الانكسار بحالة الهلاك، وهذا لأنه لما تعذر الفكاك مجاناً صار بمنزلة الهلاك، وفي الهلاك الحقيقي مضمون بالدين بالإجماع فكذا فيما هو في معناه. قلنا: الاستيفاء عند الهلاك بالمالية، وطريقه أن يكون مضموناً بالقيمة ثم تقع المقاصة وفي جعله بالدين إغلاق الرهن وهو حكم جاهلي فكان التضمين بالقيمة أولى. وفي الوجه الثالث وهو ما إذا كانت قيمته أقل من وزنه ثمانية يضمن قيمته جيداً من خلاف جنسه أو رديئاً من جنسه وتكون رهناً عنده، وهذا بالاتفاق أما عندهما فظاهر. وكذلك عند محمد لأنه يعتبر حالة الانكسار بحالة الهلاك والهلاك عنده

معيناً لا فيما إذا كان الكفيل غائباً إذ الغيبة لا تقتضي الجهالة لجواز أن يكون معلوماً معيناً ولا يكون حاضراً في المجلس، بل هو المراد بقوله أو كان الكفيل غائباً حيث جعله قسيماً لكون الرهن والكفيل غير معين، اللهم إلا أن يقال: إن الجهالة المذكورة في التعليل تعم الجهالة من حيث الذات والجهالة من حيث المكان. وإن الجهالة الثانية تتحقق فيما إذا كان الكفيل غائباً لكن فيه ما فيه تأمل. ثم إن صاحب العناية قال في شرح هذا المقام: يعني أن جواز العقد استحساناً مع وجود الشرط إنما كان باعتبار النظر إلى معناه، وإذا كان الرهن غير معين والكفيل غائباً فات معناه وهو الاستيثاق، لأن المشتري ربما يأتي بشيء يساوي عشر حقه أو يعطي كفيلاً غير مليء وليس في ذلك من التوثق شيء فبقي الاعتبار لعين الشرط فيفسد العقد انتهى. أقول: وفيه قصور، أما أولاً فلأنه ترك ذكر كون الكفيل

فكذا في الرهن، وعندهما هناك يضمن مثل المستوفي ويقام ردّ المثل مقام ردّ العين لمراعاة حقه في الجودة فكذلك في الرهن. قال شيخ الإسلام رحمه الله في مبسوطه: ولكن جعله هذه المسألة مبتدأة أولى، لأنه وجد ها هنا للمرتهن الرضا بالاستيفاء من الرهن عند الهلاك لعلمه أن بالهلاك يصير مستوفياً دينه باعتبار الوزن ولم يوجد ثمة. وقوله: **(ولو انكسر الإبريق)** كان الكلام فيما مرّ من حيث هلاك الرهن وها هنا من حيث انكساره، ولو انكسر الإبريق وكانت قيمته مثل وزنه قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله: لا يجبر الراهن على الفكاك لأنه إن أجبر عليه فإما أن يكون مع ذهاب شيء من الدين أو مع كماله وهو نقصان من جهة الرهن، لا وجه إلى الأول لأنه: أي المرتهن يصير قاضياً دينه بالجودة على الانفراد، فإنه لم ينقص من الدين إلا في مقابلة ما فات من جودة الإبريق بالكسر وذلك ربا، ولا إلى الثاني لما فيه من الإضرار بالراهن لأن المرتهن قبض الرهن سليماً عن العيب وبالإنكسار صار معيباً فيصل إليه حقه ناقصاً إذا لم يسقط شيء من دينه وذلك ضرر به لا محالة فخيرناه بين أن يفتكه بما فيه: أي بالدين الذي في المكسور وهو جميع الدين، وبين أن يضمن المرتهن قيمته من جنسه أو خلاف جنسه مصوغاً فتكون رهناً عند المرتهن ويملك المكسور بالضمان. وقال محمد: إن شاء افتكه ناقصاً، وإن شاء جعله بالدين اعتباراً لحالة الإنكسار بحالة الهلاك، وهذا لأنه لما تعذر الفكاك مجاناً: يعني لما تقدم أنه لا وجه إلى أن يذهب شيء من الدين ولا أن يفتكه مع النقصان بقي أن يفتكه مجاناً وهو متعذر فصار بمنزلة الهلاك في تعذر الفكاك وفي الحقيقي من الهلاك مضمون بالدين بالإجماع، فكذا فيما هو في معناه. وقلنا: الاستيفاء عند هلاك الرهن استيفاء بالمالية، وكل ما هو استيفاء عند الهلاك بالمالية فطريقه أن يكون مضموناً بالقيمة لفوات عينه، ثم تقع المقاصة بين الدينين وهو مشروع، وفي جعله مضموناً بالدين إغلاق الرهن وهو الاحتباس الكلي بأن يصير الرهن مملوكاً كالمرتهن وهو حكم جاهلي

قوله: **(وفي عبارته تسامح. والحق فكان التضمين بالقيمة واجباً أو صواباً أو الصحيح أو ما شاكل ذلك)** أقول: فيه بحث قوله: **(احترازاً عن الربا الخ)** أقول: فيه بحث، بل التقييد بالجيد للإيذان بأنه لا يلزم الربا في خلاف الجنس وإن ضمن بالجيد فليتأمل، فإن مراده تعليل تقييد ضمان الجيد بكونه خلاف جنسه، فإن المرتهن يملك عشرة دراهم لضمانه ثمانية إن ضمن قيمته جيداً من جنسه قوله: **(بخلاف جنسها)** أقول: لئلا يلزم الربا، فإنه إذا ضمن بجنسه ملك المرتهن عشرة دراهم بمقابلة اثني عشر قوله: **(فيضمن قيمته خمسة أسداس من خلاف جنسه)** أقول: حذراً عن الربا.

بالقيمة. وفي الوجه الثاني وهو ما إذا كانت قيمته أكثر من وزنه اثني عشر عند أبي حنيفة يضمن جميع قيمته وتكون رهناً عنده، لأن العبرة للوزن عنده لا للجودة والرداءة. فإن كان باعتبار الوزن كله مضموناً يجعل كله مضموناً، وإن كان بعضه فبعضه، وهذا لأن الجودة تابعة للذات، ومتى صار الأصل مضموناً استحال أن يكون التابع أمانة. وعند أبي يوسف يضمن خمسة أسداس قيمته، ويكون خمسة أسداس الإبريق له بالضمان وسدسه يفرز حتى لا يبقى الرهن شائعاً ويكون مع قيمته خمسة أسداس المكسور رهناً؛ فعنده تعتبر الجودة والرداءة، وتجعل زيادة القيمة كزيادة الوزن كأن وزنه اثنا عشر، وهذا لأن الجودة متقوّمة في ذاتها حتى تعتبر عند المقابلة، بخلاف جنسها، وفي تصرف المريض وإن كانت لا تعتبر عند المقابلة بجنسها سمعاً فأمكن اعتبارها، وفي بيان قول محمد نوع طول يعرف في مضوعه من المبسوط والزيادات مع جميع شعبها. قال: **(ومن باع عبداً على أن يرهنه المشتري شيئاً بعينه جاز استحساناً)** والقياس أن لا يجوز، وعلى هذا القياس والاستحسان إذا باع شيئاً على أن يعطيه كفيلاً معيناً حاضراً في المجلس فقبل. وجه القياس أنه صفقة في صفقة وهو منهيّ عنه، ولأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحدهما، ومثله يفسد البيع. وجه الاستحسان أنه شرط ملائم للعقد، لأن الكفالة والرهن للاستيثاق وأنه يلائم

غير معين في تصوير المدعي حيث قال: وإن كان الرهن غير معين والكفيل غائباً فات معناها مع أن كون الكفيل غير معين داخل أيضا في مسألة الكتاب، وأما ثانياً فلأن قوله في التعليل أو يعطي كفيلاً غير مليء لا يفيد ما سبق له وهو قوله في المدعي والكفيل غائباً لما ذكرنا آنفاً أن غيبة الكفيل عن المجلس لا تقتضي عدم تعينه فيجوز أن يعين المشتري للكفالة رجل مليئاً غائباً عن المجلس فكيف يقدر على أن يعطي كفيلاً غير مليء بعد أن عين المليء

فكان التضمين بالقيمة أولى. وفي عبارته تسامح، والحق فكان التضمين بالقيمة واجباً أو صواباً أو الصحيح أو ما شاكل ذلك. وقوله: **(وفي الوجه الثالث وهو ما إذا كانت قيمته أقل من وزنه)** بأن يكون الوزن عشرة كالدين وقيمته ثمانية لوجود عشرة فيه يضمن قيمته جيداً من خلاف جنسه احترازاً عن الربا أو رديئاً من جنسه، ويكون المضمون رهناً عنده إلى أن يحل الأجل ويكون المكسور له، وهذا بالاتفاق. وأما عندهما فظاهر كما إذا كانت قيمته مثل وزنه في حالة الانكسار على ما مر، وكذا عند محمد رحمه الله لأنه يعتبر الانكسار بالهلاك، والهلاك عنده بالقيمة: يعني في هذا الفصل، وهو ما إذا كانت قيمة الإبريق أقل من وزنه لا بالدين فكذا الانكسار، وإنما قدم الوجه الثالث على الثاني لاحتياج الثاني إلى زيادة بيان فيه طول، وفي الوجه الثاني وهو ما إذا كان وزنه عشرة كالدين وقيمته أكثر من وزنه اثني عشر لجودة وصناعة فيه عند أبي حنيفة رحمه الله يضمن جميع قيمته ويكون رهناً عنده. وعند أبي يوسف رحمه الله يضمن خمسة أسداس قيمته ويملك خمسة أسداس الإبريق ويفرز سدسه حذراً عن طريان الشيوع، فإن الطارىء منه فيه كالمقارن كما تقدم. وعند محمد رحمه الله أن النقص بالإنكسار إن كان درهماً أو درهمين يجبر الراهن على الفكاك بقضاء جميع الدين، وإن كان أكثر من ذلك يخير الراهن بين أن يجعل الرهن للمرتهن بدينه وبين أن يسترده بقضاء جميع الدين ووجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن العبرة في الأموال الربوية للوزن لا للجودة والرداءة، فإن كان الرهن باعتبار الوزن كله مضموناً كما إذا كان وزن الرهن مثل وزن الدين جعل الرهن كله مضموناً من حيث القيمة، وإن كان بعضه مضموناً كما إذا كان وزن الرهن أكثر من وزن الدين فبعضه مضمون وهو مقدار الدين لا الزائد عليه. وتنقسم الجودة على المضمون والأمانة، فحصة المضمون مضمونة وغيرها أمانة وهذا لأن الجودة تابعة للذات، ومتى صار الأصل مضموناً استحال أن يكون التابع أمانة، وفي مسألتنا كان كله مضمونة من حيث الوزن لأن الفرض أن وزن الرهن مثل وزن الدين فيكون كله مضمونا من حيث القيمة لئلا يكون حكم البيع مخالفاً لحكم الأصل، والفرق بين هذا وبين حالة الهلاك أن حالة الهلاك حالة استيفاء فيقع الفضل أمانة، وهذه الحالة ليست كذلك عنده بل هي بمنزلة الغصب في كونها على خلاف رضا الراهن فيكون مضموناً بالقيمة كالمغصوب، لكن بخلاف جنسه. ووجه قول أبي يوسف رحمه الله أن الضمان والأمانة يشيع في الوزن والجودة، لأن الجودة متقومة في ذاتها بدليل اعتبارها عند المقابلة **(بخلاف جنسها وفي تصرف المريض)** فإنه إذا باع قلباً وزنه عشرة وقيمته عشرون بعشرة لم يسلم للمشتري ويعتبر خروجه من الثلث وإهدارها عند المقابلة بالجنس ثابت بالنص لا لكونها هدراً في ذاتها فكانت زيادة القيمة بالجودة كالزيادة في الوزن فأمكن اعتبارها، ويصير

الوجوب، فإذا كان الكفيل حاضراً في المجلس والرهن معيناً اعتبرنا فيه المعنى وهو ملائم فصح العقد، وإذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معيناً أو كان الكفيل غائباً حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة فبقي الاعتبار لعينه فيفسد، ولو كان غائباً فحضر في المجلس وقبل صح **(ولو امتنع المشتري عن تسليم الرهن لم يجبر عليه)** وقال زفر: يجبر لأن الرهن إذا شرط في البيع صار حقاً من حقوقه كالوكالة المشروطة في الرهن فيلزمه بلزومه. ونحن نقول: الرهن عقد تبرّع من جانب الراهن على ما بيناه ولا جبر على التبرعات **(ولكن البائع بالخيار إن شاء رضي بترك الرهن وإن شاء فسخ البيع)** لأنه وصف مرغوب فيه وما رضي إلا به فيتخير بفواته **(إلا أن يدفع المشتري الثمن حالاً)** لحصول المقصود **(أو يدفع قيمة الرهن رهناً)** لأن يد الاستيفاء تثبت على المعنى وهو القيمة. قال: **(ومن اشترى ثوباً بدراهم فقال للبائع أمسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن فالثوب رهن)** لأنه أتى بما ينبىء عن معنى الرهن وهو الحبس إلى وقت الإعطاء، والعبرة في العقود للمعاني حتى كانت الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة والحوالة في ضد ذلك كفالة. وقال زفر: لا يكون رهناً ومثله عن أبي يوسف، لأن قوله أمسك يتحمل الرهن ويحتمل الإيداع، والثاني أقلهما فيقضي بثبوته بخلاف ما إذا قال أمسكه بدينك أو بمالك، لأنه لما قابله بالدين فقد عين جهة الرهن. قلنا: لما مده إلى الإعطاء علم أن مراده الرهن.

للكفالة، والحق في تعليل فوات المعنى عند كون الكفيل غائباً أن يقال لجواز أن لا يقبل الكفالة عند حضوره، ولعل المصنف ترك تعليل هذه الصورة بناء على ظهوره أو افهامه من قوله ولو كان غائباً فحضر في المجلس وقبل صح تدبر.

خمسة أسداس الإبريق مضموناً لجودته وصنعته وسدسه أمانة، فالتغير بالانكسار فيما هو أمانة لا يعتبر وفيما هو مضمون يعتبر. وحالة الانكسار ليست بحالة الاستيفاء عنده أيضاً فيضمن قيمة خمسة أسداسه من خلاف جنسه. ووجه قول محمد رحمه الله أن الوزن مضمون والجودة أمانة للمناسبة، لأن الجودة تابعة للوزن لا تنفصل عنه، وصفة الأمانة في المرهون كذلك فيجعل الأصل في مقابلة الأصل والتبع بمقابلة التبع، وإذا ظهر ذلك فإن زاد النقصان على الدرهمين وقع النقصان في المضمون وهو العشرة بالانكسار، والانكسار عنده كالهلاك، وفي هذا الفصل عند الهلاك يصير مستوفياً دينه، فكذلك عند الانكسار يكون مضموناً بالدين ويتخير الراهن كما ذكرنا، وإن لم يزد على الدرهمين وقع النقصان في الأمانة والرهن والمضمون باق على حاله فيجبر الراهن على الفكاك كما لو لم ينقص منه شيء. واعلم ان الدرهم والدرهمين ليسا بحدّ فاصل في ذلك، وإنما الفاصل نقصان مقدار الصناعة كائناً ما كان، وإنما وقع الدرهمان ها هنا باعتبار أن الزيادة في المسألة مفروضة بذلك. قال: **(ومن باع عبداً على أن يرهنه المشتري شيئاً بعينه الخ)** كلامه واضح. وقوله: **(ولم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة)** يعني أن جواز العقد استحسانا مع وجود الشرط إنما كان بالنظر إلى معناه، وإذا كان الرهن غير معين والكفيل غائباً فات معناه وهو الاستيثاق، لأن المشتري ربما يأتي بشيء يساوي عشر حقه أو يعطي كفيلاً غير مليء، وليس في ذلك من التوثيق شيء فبقي الاعتبار لعين الشرط فيفسد العقد. وقوله: **(ومن اشترى ثوباً بدراهم فقال للبائع أمسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن)** قيل يريد به ثوباً غير المشتري. والصواب أنه وغيره سواء، ولو قال أمسكه بدينك أو قال أمسكه رهناً حتى أعطيك ثمنك فهو رهن بلا خلاف، وقوله: **(علم أن مراده الرهن)** لأن حكم الرهن هو الحبس الدائم إلى وقت الفكاك، فإذا صرح بهذا علم أن مراده الرهن.

فصل

(ومن رهن عبدين بألف فقضى حصة أحدهما لم يكن له أن يقبضه حتى يؤدي باقي الدين) وحصة كل واحد منهما ما يخصه إذا قسم الدين على قيمتهما، وهذا لأن الرهن محبوس بكل الدين فيكون محبوساً بكل جزء من أجزائه مبالغة في حمله على قضاء الدين وصار كالمبيع في يد البائع، فإن سمى لكل واحد من أعيان الرهن شيئاً من

فصل

قال في العناية أخذاً من النهاية: وجه الفصل كون الرهن متعدداً، ولا خفاء في تأخر التعدد عن الإفراد انتهى. أقول: لا يذهب عليك أن هذا الوجه إنما يتم بالنظر إلى المسألة الأولى من هذا الفصل دون المسائل الباقية منه، إذ لا تعدد في الرهن في شيء منها، وإنما التعدد في المرتهن في بعض منها وفي الراهن في بعض آخر منها. فالأولى أن يقال: وجه الفصل كون الرهن أو المرتهن أو الراهن متعدداً كما أشار إليه في غاية البيان، فحينئذٍ ينتظم وجه الفصل جميع المسائل المذكورة في هذا الفصل كما ترى قوله: (ألا يرى أنه لو قبل الرهن في أحدهما جاز) قال صاحب النهاية والعناية: وحاصله أن الصفقة تتفرق في باب الرهن بتفرق التسمية، فكأنه رهن كل عبد بعقد على حدة، بخلاف البيع فإنها لا تتفرق فيه بتفرق التسمية، بدليل أنه لو باعه عبدين بألف كل واحد منهما بخمسمائة فقبل المشتري العقد في أحدهما دون الآخر لم يجز كما في حالة الإجمال، وهذا لأن البيع عقد تمليك والهلاك قبل القبض يبطله فبعد ما نقد بعض الثمن لو تمكن من قبض بعض المعقود عليه أدى إلى تفريق الصفقة قبل التمام بأن يهلك ما بقي فينفسخ البيع فيه، بخلاف الرهن فإنه بالهلاك ينتهي حكم الرهن لحصول المقصود، كما أن بالافتكاك ينتهي حكم الرهن، فلو تمكن من استرداد البعض عند قضاء بعض الدين لم يؤدّ ذلك إلى تفريق الصفقة لأن أكثر ما فيه أن يهلك ما بقي فينتهي حكم الرهن فيه انتهى. أقول: فيه بحث، وهو أنا حاصل كلامهما الاستدلال على أن الصفقة تتفرق في باب الرهن بتفرق التسمية ولا تتفرق في باب البيع بذلك بدليلين: أحدهما إنّي وهو أنه لو رهن عبدين بألف وسمى لكل واحد منهما شيئاً من الألف فقبل المرتهن الرهن في أحدهما دون الآخر جاز، وإن باعهما بألف وسمى لكل واحد منهما شيئاً من الألف فقبل المشتري العقد في أحدهما دو الآخر لم يجز. وثانيهما لمّي وهو ما ذكراه بقولهما، وهذا لأن البيع عقد تمليك الخ، والأول منهما سالم والثاني منظور فيه عندي، إذ لا شك أن

فصل

وجه الفصل كون الرهن متعدداً ولا خفاء في تأخر التعدد عن الإفراد. قوله: (وصار كالمبيع في يد البائع) في أن المشتري إذا أدّى حصة أحدهما من الثمن في البيع لا يتمكن من أخذه حتى يؤدي باقي الثمن، فإذا سمى لكل واحد من أعيان الرهن شيئاً كما لو رهن عبدين بألف كل عبد بخمسمائة ثم قضاه خمسمائة فكذلك الجواب في رواية الأصل. وفي الزيادات له أن يقبض إذا أدى ما سمى، ووجه كل واحد منهما ما ذكر في الكتاب. وقوله: (ألا يرى) توضيح لذلك، فإنه لما تمكن المرتهن من تفريق القبول في الابتداء وجب أن يتمكن الراهن من تفريق القبض في الانتهاء. وحاصله أن الصفقة تتفرّق في باب الرهن بتفرق التسمية فكأنه رهن كل عبد بعقد على حدة، بخلاف البيع فإنها لا تتفرق فيه بتفرق التسمية، بدليل أنه لو باعه عبدين بألف كل واحد منهما بخمسمائة فقبل المشتري العقد في أحدهما دون الآخر لم يجز كما في حالة الإجمال، وهذا لأن البيع عقد تمليك والهلاك قبل القبض يبطله، فبعد ما نقد بعض الثمن أو تمكن من قبض بعض المعقود عليه أدى إلى تفريق الصفقة قبل التمام بأن يهلك ما بقى فينفسخ البيع فيه، بخلاف الرهن فإنه بالهلاك ينتهي حكم الرهن لحصول المقصود به، كما أن بالافتكاك ينتهي حكم الرهن فلو تمكن من استرداد البعض عند قضاء بعض الدين لم يؤدّ ذلك إلى تفريق الصفقة، لأن أكثر ما فيه أن يهلك ما بقي فينتهي حكم الرهن فيه. فإن قيل: هذا في حالة الإجمال موجود. قلنا: نعم، ولكن حصة كل عبد من الدين

فصل ومن رهن عبدين

قوله: (وجه الفصل كون الرهن متعدداً) أقول: أو الراهن أو المرتهن.

المال الذي رهنه به، فكذا الجواب في رواية الأصل: وفي الزيادات: له أن يقبضه إذا أدى ما سمي له. وجه الأول أن العقد متحد لا يتفرق بتفرق التسمية كما في المبيع. وجه الثاني أنه لا حاجة إلى الاتحاد لأن أحد العقدين لا يصير مشروطاً في الآخر؛ ألا يرى أنه لو قبل الرهن في أحدهما جاز.

المحذور تفريق الصفقة الواحدة دون تفريق الصفقة المتفرّقة في الأصل، وأن الكلام هنا في إثبات أن الصفقة تتفرّق بتفرّق التسمية في باب الرهن ولا تتفرق بذلك في باب البيع، فالتأدّي إلى تفريق الصفقة في باب البيع على تقدير أن يتمكن المشتري من قبض بعض المعقود عليه بعد ما نقد بعض الثمن إنما يكون محذوراً عند ثبوت عدم تفرق الصفقة بتفرق التسمية في باب البيع ولم يثبت بعد، بل هو أول من قصد إثباته هاهنا بقولهما، وهذا لأن البيع عقد تمليك الخ فابتناء الدليل عليه مصادرة على المطلوب، فالوجه الظاهر في لمية الفرق بين بابي الرهن والمبيع في تفريق أحدهما بتفرق التسمية دون الآخر ما ذكره صاحب الكافي حيث قال: وإنما افترقا لأن ضم الرديء إلى الجيد متعارف في البيع في الرهن، فلو تفرق البيع بتفرق التسمية كان للمشتري أن يقبل في أحدهما فيقبل الجيد فيتضرّر به البائع، ولو تفرق الرهن بتفرق التسمية لم يتضرّر به الراهن، ولأن في البيع إذا جمع بينهما لو تفرقت الصفقة تصير الثانية شرطاً في الأولى وهو شرط فاسد والبيع يفسد به، أما الرهن فلا يفسد بالشرط الفاسد لأنه تبرّع كالهبة انتهى. ثم قال صاحب النهاية والعناية: فإن قيل: هذا في حالة الإجمال موجود. قلنا: نعم، ولكن حصة كل عبد من الدين فيها غير معلوم بيقين، وربما كان أخذ العبدين أكثر قيمة مثل أن يساوي أحدهما ألفاً والآخر ألفين ورهنهما بثلاثة آلاف أحدهما بألف والآخر بألفين ولم يبين هذا من ذاك وأراد الراهن فكاك الذي قيمته ألفان فأدى ألفاً وهو يقول هذا الذي رهنه بألف والمرتهن يقول بل هو رهن بألفين فكان جهالة تفضي إلى المنازعة، فأما عند التفصيل فحصة كل عبد معلومة بالتسمية لا جهالة هناك تفضي إلى المنازعة فلهذا يمكن فكاك البعض بقضاء بعض الدين انتهى. أقول: في الجواب بحث. أما أولاً فلأنه لم لا يجعل قيمة كل واحد من العبدين فيصلا في قطع المنازعة في حالة الإجمال، ولولا ذلك لما كان في قول المصنف في صدر مسألة الإجمال وحصة كل واحد ما يخصه إذا قسم الدين على قيمتهما فائدة، وأما ثانياً لأنه إذا كان العبدان متساويين في القيمة لا يوجد هناك جهالة تفضي إلى المنازعة مع أن جواب مسألة الإجمال تعم هذه الصورة أيضاً. فالأولى: في دفع النقض بحالة الإجمال أن يقال: لأن تفرق الصفقة إيما يتصوّر فيما إذا كان في كلام العاقد ما يتحمله كما في حالة التفصيل فإن تفرق التسمية فيها تتحمل تفرق الصفقة، بخلاف حالة الإجمال إذا لم يوجد فيه شيء يتحمله، فإذا تعين الحمل فيها على تفرق الصفقة فيها وإن لم

فيها غير معلوم بيقين، فربما كان أحد العبدين أكثر قيمة مثل أن يساوي أحدهما ألفاً والآخر ألفين ورهنهما بثلاثة آلاف أحدهما بألف والآخر بألفين ولم يبين هذا من ذاك وأراد الراهن فكاك الذي قيمته ألفان فأدى ألفاً ويقول هذا الذي رهنته بألف والمرتهن يقول بل هذا رهن بألفين، فكان ذلك جهالة تفضي إلى المنازعة. فأما عند التفصيل فصحة كل عبد معلومة التسمية لا جهالة هناك تفضي إلى المنازعة، فلهذا تمكن من فكاك البعض بقضاء بعض الدين. قال: **(فإن رهن عيناً واحدة عند رجلين الخ)** صورة المسألة ظاهرة، ولم يتعرّض لكونهما شريكين في الدين أو غيره، ولا لكون الدينين من جنس واحد أو من جنسين مختلفين بأن يكون دين أحدهما دراهم ودين الآخر دنانير لأن الكل في ذلك سواء. وقوله: **(لأن الرهن أضيف إلى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوع فيه)** قيل هو منقوض بما إذا باع من رجلين أو وهب من رجلين على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، فإن العقد فيهما أضيف إلى جميع العين في صفقة واحدة وفيه الشيوع حتى كان المبيع والموهوب بينهما

قوله: **(وهذا لأن البيع الخ)** أقول: قوله وهذا: أي وجه الفرق بين البيع والرهن حيث لا يتمكن المشتري من قبض حصة الثمن بنقده في الأول، ويتمكن الراهن بأداء حصة أحد الرهنين من استرداده بأنه لا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام في الرهن على تقدير اتحادها بخلاف البيع فلا حاجة إلى الاتحاد فيه قوله: **(فإنه بالهلاك ينتهي)** أقول: أي بالهلاك في يد المرتهن.

قال: **(فإن رهن عيناً واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز، وجميعها رهن عند كل واحد منهما)** لأن الرهن أضيف إلى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوع فيه، وموجبه صيرورته محتبساً بالدين، وهذا مما لا يقبل الوصف بالتجزي فصار محبوساً بكل واحد منها، وهذا بخلاف الهبة من رجلين حيث لا تجوز عند أبي حنيفة

يلزم التأدي إلى تفريق الصفقة قبل تمامها في باب الرهن على تقدير أن يحمل عليه في حالة الإجمال أيضاً تأمل قوله: **(فإن رهن عيناً واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز، وجميعها رهن عند كل واحد منهما لأن الرهن أضيف إلى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوع فيه)** قال صاحب العناية أخذاً من النهاية: قيل هو منقوض بما إذا باع من رجلين أو وهب من رجلين على قول أبي يوسف ومحمد، فإن العقد فيهما أضيف إلى جميع العين في صفقة واحدة وفيه الشيوع حتى كان المبيع والموهوب بينهما نصفين كما لو نص على المناصفة. والجواب أن إضافة العقد إلى اثنين توجب الشيوع فيما يكون العقد مفيداً للملك كالهبة والبيع، فإن العين الواحدة لا يمكن أن تكون مملوكة لشخصين على الكمال فتجعل شائعة فتقسم عليهما للجواز، والرهن غير مفيد للملك وإنما يفيد الاحتباس. ويجوز أن تكون العين الواحدة محتبسة لحقين على الكمال فيمنع الشيوع فيه تحريماً للجواز لكون القبض لا بد منه في الرهن والشيوع يمنع عنه، إلى هنا كلامه. أقول: هذا السؤال والجواب على التقرير المذكور ليسا بصحيحين في حق الهبة، إذ لا فرق على قول أبي يوسف ومحمد بين الرهن والهبة في عدم تحقق الشيوع في شيء من صورتي رهن عين واحدة عند رجلين وهبتها منهما، وإنما الفرق بينهما على قول أبي حنيفة، ألا يرى إلى ما مر في كتاب الهبة من أنه إذا وهب اثنان من واحد داراً جاز لأنهما سلماها جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع، وإن وهب واحد من اثنين لا يجوز عند أبي حنيفة، وقالا: يصح لأن هذه أشبهت الجملة منهما، إذ التمليك واحد فلا يتحقق الشيوع كما لو رهن من رجلين. وله أن هذا هبة النصف من كل واحد، ولهذا لو كانت فيما لا ينقسم فقبل أحدهما صح، لأن الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون التمليك كذلك لأنه حكمه، وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع، بخلاف الرهن لأن حكمه الحبس ويثبت لكل واحد منهما كملاً، ولهذا لو قضى دين أحدهما لا يسترد شيئاً من الرهن انتهى. فلا معنى لنقض ما نحن فيه بالهبة على قول أبي يوسف ومحمد أصلاً، ولا للجواب عنه على قولهما بما ذكر في الجواب المذكور من الفرق كما لا يخفى قوله: **(وإن أعطى أحدهما دينه كان كله رهناً في يد الآخر، لأن جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق)** قال في العناية أخذاً من النهاية: اعترض عليه بأن المرتهن الذي استوفى حقه انتهى مقصوده من الرهن وهو كونه وسيلة إلى الاستيفاء الحقيقي

نصفين كما لو نص على المناصفة. والجواب أن إضافة العقد إلى اثنين توجب الشيوع فيما يكون العقد مفيداً للملك كالهبة والبيع فإن العين الواحدة لا يمكن أن تكون مملوكة لشخصين على الكمال فتجعل شائعة تنقسم عليها للجواز، والرهن غير مفيد للملك وإنما يفيد الاحتباس، ويجوز أن تكون العين الواحدة محتبسة لحقين على الكمال فيمتنع الشيوع فيه تحرياً للجواز لكون القبض لا بد منه في الرهن والشيوع يمنع عنه، وهذا هو الجواب لأبي حنيفة رضي الله عنه في جعل ذلك شائعاً مانعاً عن الهبة دون الرهن وقد تقدم. وقوله: **(فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر)** يشير إلى أن ارتهان كل واحد منهما باق ما لم يصل الرهن إلى الراهن. وقوله: **(لأن جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق)** اعترض عليه بأن المرتهن الذي استوفى حقه انتهى مقصوده من الرهن وهو كونه وسيلة الى الاستيفاء الحقيقي بالاستيفاء، فينبغي أن يكون الرهن في يد الآخر من كل وجه من غير نيابة عن صاحبه، وذلك يقتضي أن لا يسترد الراهن ما قضاه إلى الأول من الدين عند الهلاك لكنه يسترده. وأجيب بأن ارتهان كل واحد منهما باق ما لم يصل الرهن إلى الراهن كما ذكرنا، فكان كل واحد

قوله: **(فلو تمكن من استرداد)** أقول: أي فلو تمكن الراهن.

(فإن تهايآ فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر) قال: **(والمضمون على كل واحد منهما حصته من الدين)** لأن عند الهلاك يصير كل واحد منهما مستوفياً حصته، إذ الاستيفاء مما يتجزأ. قال: **(فإن أعطى أحدهما دينه كان كله رهناً في يد الآخر)** لأن جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق وعلى هذا حبس المبيع إذا

بالاستيفاء، فينبغي أن يكون الرهن في يد الآخر من كل وجه من غير نيابة عن صاحبه، وذلك يقتضي أن لا يسترد الراهن ما قضاه إلى الأول من الدين عند الهلاك لكن يسترده. وأجيب بأن ارتهان كل واحد منهما باقٍ ما لم يصل الرهن إلى الراهن كما ذكرنا، فكان كل واحد منهما مستوفياً دينه من نصف مالية الرهن فإن فيه وفاء بدينهما، فتبين أن القابض استوفى حقه مرتين فعليه ردّ ما قبضه ثانياً انتهى. أقول: هذا الجواب غير شافٍ في دفع الاعتراض المذكور لأن السائل بسط مقدمة وهي أن المرتهن الذي استوفى حقه من الرهن انتهى مقصوده من الرهن وهو كونه وسيلة إلى الاستيفاء الحقيقي ففرع عليها قوله فينبغي أن يكون الرهن في يد الآخر من كل وجه، ولا يخفى عليك أن تلك المقدمة صادقة، وأنها تقتضي أن لا يكون ارتهان الذي استوفى حقه باقياً بعد استيفاء حقه، لأن مقصوده من الرهن قد انتهى باستيفاء حقه، فما وجه بقاء ارتهانه بعده. وبالجملة بقاء ارتهان كل واحد منهما ما لم يصل الرهن إلى الراهن غير مسلم عند السائل، بل هو يقول: لا معنى لبقاء ذلك بعد استيفاء أحدهما حقه إذا كان الرهن في يد الآخر، ويستند في ذلك إلى المقدمة التي بسطها في أوّل كلامه فلا يشفيه الجواب المذكور قوله: **(فإن أقام الرجلان كل واحد منهما البينة أنه رهنه عبده الذي في يده وقبضه فهو باطل)** قال صاحب العناية: وهو أحد الوجوه في هذه المسألة، وجملتها أن العبد إما أن يكون في أيديهما أو لا في يد واحد أو في يد أحدهما، فإن كان في يد أحدهما فهو أولى به لأن تمكنه من القبض دليل سبق عقده كما في الشراء وقد تقدم، إلا أن يقيم الآخر بينة أنه الأوّل فإنه صريح في السبق وهو يفوق الدلالة، وإن لم يكن في يد واحد منهما فهو المذكور في الكتاب أوّلاً وكلامه فيه واضح، وإن كان في أيديهما فإن علم الأول منهما فهو أولى، وإن لم يعلم فهو مسألة الكتاب على ما ذكر فيها من القياس والاستحسان. قال محمد في الأصل: وبه أي بالقياس نأخذ، ووجهه ما ذكر في الكتاب انتهى. أقول: في تحريره المذكور نوع اختلال واضطراب، فإنه ذكر التفصيل في الشق الثالث بقوله فإن علم الأول منهما إلخ، وترك هذا التفصيل في الشق الثاني وهو ما لم يكن في يد واحد منهما، مع أن هذا التفصيل مما لا بد منه في ذاك الشق

منهما مستوفياً دينه من نصف مالية الرهن، فإن فيه وفاء بدينهما، فتبين أن القابض استوفى حقه مرتين فعليه رد ما قبضه ثانياً.

قال: **(وإن رهن رجلان بدين عليهما رجلاً رهنا الخ)** هذه عكس المسألة التي تقدمت وهي واضحة. ومن شعبها ما إذ كان في يد رجل ادعاه رجل أنه رهنه عبده بدين له عليه وقبضه وأقام على ذلك بينة وادعاه آخر كذلك وهو أحد الوجوه فيها، وجملتها أن العبد إما أن يكون في أيديهما أو لا في يد واحد أو في يد أحدهما، فإن كان في يد أحدهما فهو أولى به لأن تمكنه من القبض دليل سبق عقده كما في الشراء وقد تقدم، إلاّ أن يقيم الآخر بينة أنه الأول فإنه صريح في السبق وهو يفوق الدلالة، وإن لم يكن في يد واحد منهما فهو المذكور في الكتاب أوّلاً وكلامه فيه واضح، وإن كان في أيديهما فإن علم الأول منهما فهو أولى، وإن لم يعلم فهو مسألة الكتاب على ما ذكر فيها من القياس والاستحسان. قال محمد رحمه الله في الأصل: وبه أي بالقياس نأخذ، ووجهه ما ذكر في الكتاب. والفرق بينه وبين الرهن من رجلين أن حق كل واحد منهما ثمة يثبت في جميع

قوله: **(لكون القبض لا بد منه في الرهن والشيوع يمنع عنه الخ)** أقول: وكذلك في الهبة فلم يحصل الجواب على قولهما، وكان المراد ذلك قال المصنف: **(فإن تهايآ فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر)** أقول: هذا إذا كان مما لا يتجزأ فظاهر، وإن كان مما يتجزأ وجب أن يحبس كل واحد منهما النصف، فإن دفع أحدهما كله إلى الآخر وجب أن يضمن الدافع عند أبي حنيفة خلافاً لهما، وأصل المسألة الوديعة فيما إذا أودع رجل عند رجلين شيئاً يقبل القسمة، فدفع أحدهما كله إلى الآخر. قيل الدافع يضمن عنده خلافاً لهما، كذا في شرح الزيلعي، وقد نص عليه المصنف في كتاب الوديعة حيث قال: وكذا الجواب في المرتهنين.

أدى أحد المشتريين حصته من الثمن. قال: **(وإن رهن رجلان عليهما رجلاً رهناً واحداً فهو جائز والرهن رهن بكل الدين، وللمرتهن أن يمسكه حتى يستوفي جميع الدين)** لأن قبض الرهن يحصل في الكل من غير شيوع **(فإن أقام الرجلان كل واحد منهما البينة على رجل أنه رهنه عبده الذي في يده وقبضه فهو باطل)** لأن كل واحد منهما أثبت ببينته أنه رهنه كل العبد، ولا وجه إلى القضاء لكل واحد منهما بالكل، لأن العبد الواحد يستحيل أن يكون كله رهناً لهذا وكله رهناً لذلك في حالة واحدة، ولا إلى القضاء بكله لواحد بعينه لعدم الأولوية، ولا إلى القضاء لكل واحد منهما بالنصف لأنه يؤدي إلى الشيوع فتعذر العمل بهما وتعين التهاتر. ولا يقال: إنه يكون رهناً لهما كأنهما لهما كأنهما ارتهناه معاً إذا جهل التاريخ بينهما، وجعل في كتاب الشهادات هذا وجه الاستحسان. لأنا نقول: هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة لأن كلاً منهما أثبت ببينته حبساً يكون وسيلة إلى مثله في الاستيفاء، وبهذا القضاء يثبت حبس يكون وسيلة إلى شطره في الاستيفاء، وليس هذا عملاً على وفق الحجة، وما ذكرناه وإن كان قياساً لكن محمداً أخذ به لقوته، وإذا وقع باطلاً فلو هلك يهلك أمانة لأن الباطل لا حكم له. قال: **(ولو مات الراهن والعبد في أيديهما فأقام كل واحد منهما البينة على ما وصفنا كان في يد كل واحد منهما نصفه رهناً يبيعه بحقه استحساناً)** وهو قول أبي حنيفة ومحمد، وفي القياس: هذ باطل، وهو قول أبي يوسف لأن الحبس للاستيفاء حكم أصلي لعقد الرهن فيكون القضاء به قضاء بعقد الرهن وأنه باطل للشيوع كما في حالة الحياة. وجه الاستحسان أن العقد لا يراد لذاته وإنما يراد لحكمه، وحكمه في حالة الحياة الحبس والشيوع يضره، وبعد الممات الاستيفاء بالبيع في الدين والشيوع لا يضره، وصار كما إذا ادعى الرجلان نكاح امرأة أو ادعت أختان النكاح على رجل وأقاموا البينة تهاترت في حالة الحياة ويقضى بالميراث بينهم بعد الممات لأنه يقبل الانقسام، والله أعلم.

أيضاً، وأيضاً إن أراد بمسألة الكتاب في قوله وإن لم يعلم فهو مسألة الكتاب قول المصنف وإن أقام الرجلان كل واحد منهما البينة يلزم التنافي بينه وبين قوله فيما قبل وإن لم يكن في يد أحدهما فهو المذكور في الكتاب أوّلاً، وإن أراد بها قول المصنف ولو مات الراهن والعبد في أيديهما كما هو الظاهر لم يتم قوله بعده. قال محمد في الأصل: وفيه أي بالقياس نأخذ، فإن محمداً إنما يأخذ بالقياس في المسألة الأولى لا في المسألة الثانية، فكان حق قوله المزبور أن يذكر متصلاً ببيان المسألة الأولى كما لا يخفى.

الرهن، حتى إذا قضي دين أحدهما فهو رهن كله عن الآخر حتى يقضي دينه لوجود الرضا من كل واحد منهما بثبوت حق صاحبه في الحبس، وها هنا كل واحد منهما غير راض بذلك، وقد أشار المصنف رحمه الله إلى هذا في الوجه الأول بقوله: لأنا نقول هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة الخ. وباقي كلامه واضح والله تعالى أعلم.

قال المصنف: **(لأنه يؤدي إلى الشيوع فتعذر العمل بهما وتعين التهاتر)** أقول: هذا إذا لم يؤرخا، فإن أرخا كان صاحب التاريخ الأقدم أولى، لأنه أثبته في وقت لا ينازعه فيه أحد، وكذا إذا كان الرهن في يد أحدهما كان صاحب اليد أولى لأن تمكنه على القبض دليل على سبقه كدعوى نكاح امرأة أو شراء عين من واحد، كذا في شرح الزيلعي، وإذا أرخ أحدهما ففيه تفصيل مذكور في غاية البيان قوله: **(هذه عكس المسألة المتقدمة وهي واضحة ومن شعبها)** أقول: الضمير في شعبها راجع إلى المسألة قوله: **(وهو أحد الوجوه)** أقول: أي كونه في يد رجل قوله: **(وجملتها أن العبد إما أن يكون في أيديهما أو لا في يد أحدهما)** أقول: لا فرق بين أن يكون في أيديهما وأن لا يكون في يد واحد منهما فإنه لا تقبل البينة في حال حياة الراهن على المختار وتقبل بعدها قوله: **(وإن كان في أيديهما فإن علم الأول منهما فهو أولى الخ)** أقول: وهذا التفصيل لا بد منه في المسألة الأولى، فإن كونها مسألة الكتاب على تقدير جهل التاريخ قوله: **(قال محمد في الأصل وبه أي بالقياس نأخذ)** أقول: يعني في المسألة الأولى قوله: **(لوجود الرضا من كل واحد منهما)** أقول: تعليل لقوله يثبت في جميع الرهن.

باب الرهن يوضع على يد العدل

قال: (وإذا اتفقا على وضع الرهن على يد العبد جاز. وقال مالك: لا يجوز) ذكر قوله في بعض النسخ لأن يد العدل يد المالك ولهذا يرجع العدل عليه عند الاستحقاق فانعدم القبض. ولنا أن يده على الصورة يد الملك في الحفظ إذ العين أمانة، وفي حق المالية يد المرتهن لأن يده يد ضمان والمضمون هو المالية فنزل منزلة

باب الرهن يوضع على يد العدل

لما فرغ من الأحكام الراجعة إلى نفس الراهن والمرتهن ذكر في هذا الباب الأحكام الراجعة إلى نائبهما وهو العدل لما أن حكم النائب بقفو حكم الأصل. ثم إن المراد بالعدل هاهنا من رضي الراهن والمرتهن بوضع الرهن في يده. وزاد عليه صاحبا النهاية والعناية قيداً آخر حيث قالا: ورضيا ببيعه الرهن عند حلول الأجل. أقول: لعل هذه الزيادة منهما بناء على ما هو الجاري بين الناس فيما هو الغالب، وإلا فرضاهما ببيعه الرهن عند حلول الأجل

باب الرهن يوضع على يد العدل

لما فرغ من الأحكام الراجعة إلى نفس الراهن والمرتهن ذكر ما يرجع إلى نائبهما وهو العدل، لأن حكم النائب يقفو حكم الأصل، والمراد بالعدل ها هنا من رضي الراهن والمرتهن بوضع الرهن في يده ورضيا ببيعه الرهن عند حلول الأجل وهو وكيل الراهن ببيعه، لكنه يخالف المفرد في مسائل ذكرها في النهاية عن شيخ الإسلام والتمرتاشي رحمهما الله، قال: (وإذا اتفقا على وضع الرهن على يد عدل الخ) كلامه واضح. وقوله: (ذكر قوله في بعض النسخ) إشارة إلى أن في بعضها ليس كذلك، فإنه ذكر في المبسوطين وشرح الأقطع ابن أبي ليلى بدل مالك، وكأنه شك في هذه الرواية عن مالك، فإن القبض ليس بشرط عنده كما مرّ في أول هذا الكتاب، فإن ثبت ذلك عنده كان عنه روايتان. وقوله: (ولهذا يرجع العدل عليه) أي على الراهن عند الاستحقاق. يعني إذ هلك الرهن في يد العدل ثم استحق وضمن العدل قيمته يرجع على الراهن بما ضمن، ولو لم تكن يده يد الراهن لما رجع، وهو كالمودع إذا ضمن قيمة الوديعة بعد الهلاك بالاستحقاق فإنه يرجع على المودع لأن يده يد مودعه، وقوله: (ولنا) ظاهر. وقوله: (لأنه نائب عنه في حفظ العين كالمودع) يشير إلى دفع ما عسى أن يقال، كما أنه نائب عن الراهن فهو نائب عن المرتهن في حق المالية، والضمان إنما يكون من حيث المالية فلم لا يرجع عليه، وذلك لأن العدل يضمن للمستحق ضمان الغصب، والغصب إنما يتحقق بالنقل والتحويل، وذلك يتعلق بالعين دون المالية عن أنه سؤال ساقط لأن الخصم ليس بقائل به. فإن قيل: القبض شرط ولم يوجد من المرتهن حقيقة وهو ظاهر ولا حكماً لأن ذلك إما أن يكون من حيث أمره بذلك، وذلك غير صحيح لأن الأمر إنما يصح إذا لاقى حقاً مستحقاً للآمر، وبعقد الرهن لم يصر القبض حقاً له حتى كان للراهن أن يمنعه منه، وإما أن يكون من حيث موافقة الراهن إياه في الوضع على يد العدل، ولا تأثير لذلك لأنهما لو اتفقا على قبض الراهن لم يتم، فكذا لو اتفقا على قبض العدل. فالجواب أنه قابض من حيث أمره العدل بالقبض وهو حق مستحق له بعقد الرهن، وتمكنه من المنع لا يدل على انتفاء حقه لأنه فسخ للعقد، والراهن ينفرد به لكونه غير لازم، والقبض حقه ما دام العقد باقياً. وقوله: (لا يقدر أن يجعل القيمة) أي العدل لا يقدر أن يفعل ذلك لما ذكره. وقوله: (ولو تعذر اجتماعهما يرفع) قال في النهاية: أي يرفع العدل أحدهما إلى القاضي، وفي بعض الشروح: يرفع الأمر إلى القاضي أحدهما إما الراهن أو المرتهن وهو أظهر (ولو فعل ذلك) أي جعل القيمة في يد العدل رهناً ثم قضى الراهن الدين والحال أن العدل ضمن القيمة بالدفع إلى الراهن، فالقيمة سالمة له: أي للعدل، لأن كل ذي حق

باب الرهن يوضع على يد عدل

قوله: (ورضيا ببيعه الرهن عند حلول الأجل) أقول: الرضا ببيعه الرهن عند حلول الأجل ليس بلازم في العدل، فالأولى أن يقال: سواء رضيا ببيعه الرهن أم لا. قال الإتقاني: قال الحاكم الشهيد في الكافي: وليس للعدل بيع الرهن ما لم يسلط عليه لأنه مأمور بالحفظ فحسب انتهى قوله: (وهو وكيل الراهن ببيعه) أقول: غير مسلم كلياً.

الشخصين تحقيقاً لما قصداه من الرهن، وإنما يرجع العدل على المالك في الاستحقاق لأنه نائب عنه في حفظ العين كالمودع. قال: **(وليس للمرتهن ولا للراهن أن يأخذه منه)** لتعلق حق الراهن في الحفظ بيده وأمانته وتعلق حق المرتهن به استيفاء فلا يملك أحدهما إبطال حق الآخر **(فلو هلك في يده هلك في ضمان المرتهن)** لأن يده في حق المالية يد المرتهن وهي المضمونة **(ولو دفع العدل إلى الراهن أو المرتهن ضمن)** لأنه مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن في حق المالية وأحدهما أجنبي عن الآخر والمودع يضمن بالدفع إلى الأجنبي **(وإذا ضمن العدل قيمة الرهن بعد ما دفع إلى أحدهما وقد استهلكه المدفوع عليه أو هلك في يده لا يقدر أن يجعل القيمة رهناً في يده)** لأنه يصير قاضياً ومقتضياً وبينهما تناف، لكن يتفقان على أن يأخذاها منه ويجعلاها رهناً عنده أو عند غيره ولو تعذر اجتماعهما يرفع أحدهما إلى القاضي ليفعل كذلك، ولو فعل ذلك ثم قضى الراهن الدين وقد ضمن العدل القيمة بالدفع إلى الراهن فالقيمة سالمة له لوصول المرهون إلى الراهن ووصول الدين إلى المرتهن ولا يجتمع البدل

ليس بأمر لازم في معنى العدل. وعن هذا قال الحاكم الشهيد في الكافي: ليس للعدل بيع الرهن ما لم يسلط عليه لأنه مأمور بالحفظ فحسب انتهى قوله: **(وإنما يرجع العدل على المالك في الاستحقاق لأنه نائب عنه في حفظ العين كالمودع)** قال صاحب العناية: يشير إلى دفع ما عسى أن يقال كما أنه نائب عن الراهن فهو نائب عن المرتهن في حق المالية والضمان إنما يكون من حيث المالية فلم لا يرجع عليه، وذلك لأن العدل يضمن للمستحق ضمان الغصب، والغصب إنما يتحقق بالنقل والتحويل، وذلك يتعلق بالعين دون المالية على أنه سؤال ساقط، لأن الخصم

وصل إلى حقه: الراهن إلى الرهن والمرتهن إلى الدين، فلو أخذها أحدهما اجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد، فإن القيمة بدل الرهن من حيث العين في حق الراهن وبدله من حيث المالية في حق المرتهن، وإن كان ضمنها بالدفع إلى المرتهن فالراهن يأخذ القيمة منه، لأن العين لو كان قائماً في يده أخذه إذا أدى الدين، فكذا ما يقوم يقول مقامه، ولا جمع فيه بين البدل والمبدل، وهل يرجع العدل بعد ذلك على المرتهن؟ ينظر إن كان العدل دفعه على وجه العارية أو الوديعة وهلك في يد المرتهن لا يرجع، وإن استهلك يرجع عليه لأن العدل بأداء الضمان ملكه وتبين أنه أعار أو أودع ملك نفسه، فإن هلك في يده لم يضمن، وإن استهلكه ضمن، وإن كان العدل دفع إلى المرتهن رهناً بأن قال هذا رهنك خذه بحقك واحبسه بدينك رجع العدل عليه بقيمته استهلكه المرتهن أو هلك عنده لأنه دفع إليه على وجه الضمان. وقوله: **(وإذا وكل الراهن المرتهن)** كلامه واضح. وقوله: **(فليس للراهن أن يعزل الوكيل)** يعني بدون رضا المرتهن وقوله: **(ألا ترى أنه)** أي أن عقد الوكالة **(لزيادة الوثيقة فيلزم أصله)** أي عقد الرهن. وقوله: **(لأنه)** أي عقد الوكالة **(لازم بأصله فكذا بوصفه)** وهو الإطلاق لما ذكرنا أنه صار حقاً من حقوقه. وقوله: **(لأن العقد)** أي عقد الرهن **(لا يبطل بموتهما ولا بموت أحدهما فيبقى بحقوقه)** التي هي الحبس والاستيفاء والوكالة **(وأوصافه)** التي هي اللزوم وجبر الوكيل حق بيع ولد الرهن وحق صرف الدراهم بالدنانير، كذا في النهاية، وقوله: **(وإذا مات الوكيل انتقضت الوكالة)** يعني والرهن باق كما كان، لأن الرهن لو كان في يد المرتهن فمات لم يبطل العقد به، فلأن لا يبطل بموت العدل أولى، وقوله: **(والإرث يجري فيما له)** أي لا فيما عليه، ألا ترى أن الميت إذا كان عليه ديون لا يجب على ورثة الميت قضاؤه. وإن كان له دين على غيره ورثوه وقوله: **(أجبر على بيعه)** يعني يحبس أياماً حتى يبيعه، فإن لجّ بعد ما حبسه أياماً ذكر في الزيادات أن القاضي يبيع عليه وهو على قولهما ظاهر. وأما على قول أبي حنيفة رضي الله عنه فقد اختلف المشايخ رحمهم الله فيه، قال بعضهم: لا يبيعه قياساً على مال المديون، وقال آخرون: يبيعه لأن جهة البيع تعينت. وقوله: **(لما ذكرنا من الوجهين)** أحدهما أنه وصف من أوصافه والآخر أن فيه إتواء حقه. وقوله: **(قيل لا يجبر اعتباراً للوجه الأول)** ذكر في المبسوط أنه ظاهر الرواية، وقوله: **(أن الجواب في الفصلين)** أي فيما كان مشروطا في الرهن وفيما لا يكون كذلك **(واحد)** أي يجبر فيهما **(ويؤيده إطلاق الجواب في الجامع الصغير)** حيث قال فيه: إذا أتى الوكيل يجبر من غير فصل بين أن يكون مشروطاً في العقد أو لم يكن، وكذلك ذكر في الأصل مطلقاً. وقوله: **(فقد خرج من الرهن)** لأنه صار ملكاً للمشتري وملكه يكون رهناً **(وإذا توى كان مال المرتهن)** بنصب مال على ما

قوله: **(على أنه سؤال ساقط، لأن الخصم ليس بقائل به)** أقول: فيه بحث.

والمبدل في ملك واحد (**وإن كان ضمنها بالدفع إلى المرتهن فالراهن يأخذ القيمة منه**) لأن العين لو كانت قائمة في يده يأخذها إذا أدى الدين، فكذلك يأخذ ما قام مقامها، ولا جمع فيه بين البدل والمبدل. قال: (**وإذا وكل الراهن المرتهن أو العدل أو غيرهما ببيع الرهن عند حلول الدين فالوكالة جائزة**) لأنه توكيل ببيع ماله (**وإن شرطت في عقد الرهن فليس للراهن أن يعزل الوكيل وإن عزله لم ينعزل**) لأنها لما شرطت في ضمن عقد الرهن صار وصفاً من أوصافه وحقاً من حقوقه؛ ألا ترى أنه لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم أصله، ولأنه تعلق به حق المرتهن وفي العزل إتواء حقه وصار كالوكيل بالخصومة بطلب المدعي (**ولو وكله بالبيع مطلقاً حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة ثم نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه**) لأنه لازم بأصله، فكذا بوصفه لما ذكرنا، وكذا إذا عزله المرتهن لا ينعزل لأنه لم يوكله وإنما وكله غيره (**وإن مات الراهن لم ينعزل**) لأن الرهن لا يبطل بموته ولأنه لو بطل إنما يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم. قال: (**وللوكيل أن يبيعه بغير محضر من الورثة كما يبيعه في حال حياته بغير محضر منه، وإن مات المرتهن فالوكيل على وكالته**) لأن العقد لا يبطل بموتهما ولا يموت أحدهما فيبقى بحقوقه وأوصافه (**وإن مات الوكيل انقضت الوكالة ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه**) لأن الوكالة لا يجري فيها الإرث، ولأن الموكل رضي برأيه لا برأي

ليس بقائل به انتهى كلامه. أقول: هذه العلاوة التي زادها الشارح المذكور من عند نفسه ليست بشيء، فإن عدم قول الخصم بذلك لا يقتضي سقوط السؤال المتجه على أصلنا، إذ لا يلزم أن يكون توجه السؤال من قبل الخصم، وعن هذا تراهم يقولون: ليس للسائل مذهب، ولو سلم ذلك فللخصم أن يورد السؤال المذكور علينا بطريق الإلزام بما هو مسلم عندنا لا بطريق التحقيق بما هو مقرر عنده. فالجواب الحق عنه ما أشار إليه المصنف لا غير قوله: (**ولو فعل ذلك**) قال في النهاية والعناية: أي جعل القيمة في يد العدل رهناً. وقال بعض الفضلاء: فيه بحث، بل

صحح صاحب النهاية. وفي بعض النسخ من مال المرتهن. وقوله: (**وغرم القاتل قيمته**) يعني تكون القيمة رهنا مقام العبد المقتول لأن المالك وهو المولى يستحقه: أي هذا الضمان من حيث المالية، وإن كان مقابلاً بالدم حتى لا يزاد على دية الحرّ (**فأخذ حكم ضمان المال في حق المستحق**) وهو المولى فيبقى عقد الرهن. وقوله: (**وليس له أن يضمن غيره**) أي ليس للعدل أن يضمن المرتهن غير الثمن الذي أعطاه وكلامه مكشوف بكشفه وإيضاحه شكر الله سعيه سوى ألفاظ وضمائر نوضحها زيادة إيضاح. فقوله: (**وصح الاقتضاء**) أي صح قبض المرتهن الثمن بمقابلة دينه، وقوله: (**وإن ضمن البائع**) أي العدل. وقوله: (**فلا يرجع المرتهن عليه**) أي على الراهن بشيء. وقوله: (**فإذا تبين أنه ملكه**) أي ملك العدل. وقوله: (**لم يكن راضياً به**) أي بأداء الثمن إلى المرتهن. وقوله: (**فله**) أي فللعدل. وقوله: (**وبطل الاقتضاء**) أي بطل قبض المرتهن. وقوله: (**إنما أداه**) أي إنما أدى المشتري الثمن إلى العدل ليسلم للمشتري المبيع ولم يسلم، وقوله: (**رجع على الراهن بالقيمة**) أي بالثمن، وقوله: (**لأن المقبوض سلم له**) أي لأن الثمن المقبوض من العدل سلم للمرتهن. وقوله: (**وإن شاء على المرتهن**) أي وإن شاء العدل رجع على المرتهن بالثمن الذي أداه إليه. وقوله: (**فيرجع به**) أي فيرجع المرتهن بحقه الذي هو دينه على الراهن. وقوله: (**لا يرجع به على المقتضي**) أي على القابض. وقوله: (**فيكون البيع لحقه**) فإذا وقع البيع لحقه وسلم له جاز أن يلزمه الضمان وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع: أي الوكيل الذي لم تكن وكالته مشروطة في العقد حيث فرق بين الوكالة المشروطة في العقد وبين الوكالة التي بعد العقد فقال في الوكيل الذي كانت وكالته بعد عقد الرهن: يرجع الوكيل بالعهدة على الراهن لا على المرتهن لأنه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن وقوله: (**متعدّ في حقه بالتسليم أو بالقبض**) يعني الراهن بالتسليم والمرتهن بالقبض فكان كالغاصب وغاصب الغاصب وقوله: (**فلأنه انتقض اقتضاؤه**) أي قبضه لأن الرهن لم يكن ملك الراهن حتى يكون بهلاكه مستوفياً. وقوله: (**طعن أبي خازم**) يعني هذا السؤال

قوله: (**قال في النهاية: أي يرفع العدل أحدهما إلى القاضي، إلى قوله: وهو الأظهر**) أقول: قال الإتقاني: وذلك ليس بشيء، لأن العدل هو الضامن للقيمة، فبعيد أن يرفع الضامن لمطالبة نفسه الخصم إلى القاضي انتهى. وفيه بحث قوله: (**ولو فعل ذلك: أي جعل القيمة في يد العدل رهناً**) أقول: وفيه بحث، بل المراد إذا جعلت القيمة رهناً برأيهما أو برأي القاضي عند العدل الأول أو عند غيره كما ذكره العلامة الزيلعي.

غيره. وعن أبي يوسف إن وصي الوكيل يملك بيعه لأن الوكالة لازمة فيملكه الوصي، كالمضارب إذا مات بعد ما صار رأس المال أعياناً يملك وصي المضارب بيعها لما أنه لازم بعد ما صار أعياناً. قلنا: التوكيل حق لازم لكن عليه، والإرث يجري فيما له بخلاف المضاربة لأنها حق المضارب **(وليس للمرتهن أن يبيعه إلا برضا الراهن)** لأنه ملكه وما رضي ببيعه **(وليس للراهن أن يبيعه إلا برضا المرتهن)** لأن المرتهن أحق بماليته من الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع. قال: **(فإن حلّ الأجل وأبى الوكيل الذي في يده الرهن أن يبيعه والراهن غائب أجبر على بيعه)** لما ذكرنا من الوجهين في لزومه **(وكذلك الرجل يوكل غيره بالخصومة وغاب الموكل فأبى أن يخاصم أجبر على الخصومة)** للوجه الثاني وهو أن فيه إتواء الحق، بخلاف الوكيل بالبيع لأن الموكل يبيع بنفسه فلا يتوى حقه. أما المدعي لا يقدر على الدعوى والمرتهن لا يملك بيعه بنفسه. فلو لم يكن التوكيل مشروطاً في عقد الرهن وإنما شرط بعده قيل لا يجبر اعتباراً بالوجه الأول، وقيل يجبر رجوعاً إلى الوجه الثاني، وهذا أصح. وعن أبي يوسف رحمه الله أن الجواب في الفصلين واحد، ويؤيده إطلاق الجواب في الجامع الصغير وفي الأصل **(وإذا باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن والثمن قائم مقامه فكان رهناً وإن لم يقبض بعد)** لقيامه مقام ما كان مقبوضاً، وإذا توى كان مال المرتهن لبقاء عقد الرهن في الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون، وكذلك إذا قتل العبد الرهن وغرم القاتل قيمته لأن المالك لا يستحقه من حيث المالية وإن كان بدل الدم فأخذ حكم ضمان المال في حق المستحق فبقي عقد الرهن، وكذلك لو قتله عبد فدفع به لأنه قائم مقام الأول لحماً ودماً. قال: **(وإن باع العدل الرهن فأوفى المرتهن الثمن ثم استحق الرهن فضمنه العدل كان بالخيار، إن شاء ضمن الراهن قيمته، وإن شاء ضمن المرتهن الثمن الذي أعطاه وليس له أن يضمنه غيره)** وكشف هذا أن المرهون المبيع إذا استحق إما أن يكون هالكاً أو قائماً. ففي الوجه الأول المستحق بالخيار إن شاء ضمن الراهن قيمته لأنه غاصب في حقه، وإن شاء ضمن العدل لأنه متعدّ في حقه بالبيع والتسليم. فإن ضمن الراهن نفذ البيع وصح الاقتضاء لأنه ملكه بأداء الضمان فتبين أنه أمره ببيع ملك نفسه، وإن ضمن البائع ينفذ البيع أيضاً لأنه ملكه بأداء الضمان فتبين أنه باع ملك نفسه. وإذا ضمن العدل فالعدل بالخيار، إن شاء رجع على الراهن بالقيمة لأنه وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة نفذ البيع وصح الاقتضاء فلا يرجع المرتهن عليه بشيء من دينه، وإن شاء رجع على المرتهن بالثمن لأنه تبين أنه أخذ الثمن بغير حق لأنه ملك العبد بأداء الضمان ونفذ بيعه عليه فصار الثمن له، وإنما أدّاه إليه على حسبان أنه ملك الراهن، فإذا تبين أنه ملكه لم يكن راضياً به فله أن يرجع به عليه. وإذا رجع بطل الاقتضاء فيرجع المرتهن على الراهن بدينه. وفي الوجه الثاني وهو أن يكون قائماً في يد المشتري فللمستحق أن يأخذه من يده لأنه وجد عين ماله. ثم للمشتري أن يرجع على العدل بالثمن لأنه العاقد فتتعلق به حقوق العقد. وهذا من حقوقه حيث وجب بالبيع، وإنما

المراد إذا جعلت القيمة رهناً برأيهما أو برأي القاضي عند العدل الأول أو عند غيره كما ذكره العلامة الزيلعي انتهى. أقول: إن كان وجه بحثه عدم تحقق العموم فيما ذكر في النهاية والعناية لما جعلت القيمة رهناً برأيهما: أي برأي

طعن به أبو خازم بالخاء المعجمة على محمد بن الحسن رحمهما الله، وأبو خازم هو عبدالحميد بن عبد العزيز القاضي الحنفي ببغداد، وقوله: **(والغرور بالتسليم كما ذكرناه)** يعني بقوله لأن كل واحد منهما متعدّ في حقه بالتسليم. وقوله: **(أو بالانتقال من المرتهن إليه)** أي إلى الراهن **(كأنه وكيل عنه)** أي كأن المرتهن وكيل عن الراهن من حيث انتقال الملك منه إليه كانتقال الملك من الوكيل الى الموكل **(والملك بكل ذلك)** أي بكل واحد من التسليم والانتقال **(متأخر عن عقد الرهن)** أما بالتسليم فظاهر، لأن التسليم كان بعد العقد فتبين أنه رهن غير ملكه، وأما بالانتقال فلأن المرتهن غاصب في حق المستحق، فإذا ضمن ملك المضمون، ولكن لما كان قرار الضمان على الراهن انتقل إليه فيملكه من جهة المرتهن والمرتهن ملكه من حين القبض لأنه صار غاصباً به فيملك الرهن بعد ذلك من جهته فيكون ملك الرهن متأخراً عن عقد الرهن فكأنه رهن غير ملكه، ولا يشكل إذا استحق رأس مال المضاربة وضمنه المضارب فإنه يرجع على ربّ المال والمضاربة نافذة وإن كان الملك متأخراً عن عقد المضاربة لما ذكرتم أن الرجوع بالغرور والغرور بالتسليم أو بالانتقال من المرتهن إليه، وكل ذلك متأخر عن

أداه ليسلم له المبيع ولم يسلم. ثم العدل بالخيار إن شاء رجع على الراهن بالقيمة لأنه هو الذي أدخله في هذه العهدة فيجب عليه تخليصه. وإذا رجع عليه صح قبض المرتهن لأن المقبوض سلم له، وإن شاء رجع على المرتهن لأنه إذا انتقض العقد بطل الثمن وقد قبضه ثمناً فيجب نقض قبضه ضرورة، وإذا رجع عليه وانتقض قبضه عاد حقه في الدين كما كان فيرجع به على الراهن. ولو أن المتشري سلم الثمن إلى المرتهن لم يرجع على العدل لأنه في البيع عامل للراهن، وإنما يرجع عليه إذا قبض ولم يقبض فبقي الضمان على الموكل، ولو كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط في العقد فما لحق العدل من العهدة يرجع به على الراهن قبض الثمن المرتهن أم لا، لأنه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فلا رجوع، كما في الوكالة المفردة عن الرهن إذا باع الوكيل ودفع الثمن إلى من أمره الموكل ثم لحقه عهدة لا يرجع به على المقتضي، بخلاف الوكالة المشروطة في العقد لأنه تعلق به حق المرتهن فيكون البيع لحقه. قال رضي الله عنه: هكذا ذكر الكرخي. وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع. قال: **(وإن مات العبد المرهون في يد المرتهن ثم استحقه رجل فله الخيار، إن شاء ضمن الراهن، وإن شاء ضمن المرتهن)** لأن كل واحد منهما متعدّ في حقه بالتسليم أو بالقبض **(فإن ضمن الراهن فقد مات بالدين)** لأنه ملكه بأداء الضمان فصح الإيفاء **(وإن ضمن المرتهن يرجع على الراهن بما ضمن من القيمة وبدينه)** أما بالقيمة فلأنه مغرور من جهة الراهن، وأما بالدين فلأنه انتقض اقتضاؤه فيعود حقه كما كان، فإن قيل: لما كان قرار الضمان على الراهن برجوع المرتهن عليه والملك في المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان فتبين أنه رهن ملك نفسه فصار كما إذا ضمن المستحق الراهن ابتداء. قلنا: هذا طعن أبي خازم القاضي. والجواب عنه أنه يرجع عليه بسبب الغرور والغرور بالتسليم كما ذكرناه، أو بالانتقال من المرتهن إليه كأنه وكيل عنه والملك بكل ذلك متأخر عن عقد الرهن، بخلاف الوجه الأول لأن المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند الملك إليه فتبين أنه رهن ملك نفسه. وقد طوّلنا الكلام في كفاية المنتهى.

الراهن والمرتهن، مع أن الحكم فيه أيضاً كذلك فهو ممنوع، لأنه إنما لا يتحقق العموم لذلك بل يختص بما جعلت القيمة رهناً برأي القاضي لو كان لفظ جعل في عبارة النهاية والعناية ولفظ فعل في عبارة الكتاب مبنياً للفاعل وكان الضمير المستتر فيه راجعاً إلى القاضي، وأما إذا كان مبنياً للمفعول وكان لفظ القيمة في عبارة النهاية والعناية قائماً مقام الفاعل فيتحمل العموم للصورتين معاً كما لا يخفى على الفطن وإن كان وجه بحثه عدم تحقق العموم فيما ذكر في النهاية والعناية لما جعلت القيمة رهناً في يد غير العدل الأول فأمره هين، فإنه لما كان عدم التفاوت بين أن جعلت القيمة بعد الضمان رهناً في يد العدل الأول وبين أن جعلت رهناً في يد غيره ظاهراً اكتفى بذكر الأول روماً للاختصار.

العقد لأن المضاربة عقد غير لازم، وكل ما هو كذلك فلدوامه حكم الابتداء وقد تقدم فصار كأنه أنشأ العقد بعد الرجوع فيتقدر، بخلاف الرهن فإنه عقد لازم ليس لدوامه حكم الابتداء. وقوله: **(بخلاف الوجه الأول)** يعنى ما إذا ضمن المستحق الراهن لأن المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند الملك إليه وتبين أنه رهن ملك نفسه. وقوله: **(وقد طوّلنا الكلام فيه في كفاية المنتهى)** قيل مراده مسألة المضاربة والفرق بينها وبين مسألة الرهن. وقيل يحتمل أن يكون ما لو كان الرهن عبداً فأبقى وضمن المستحق المرتهن قيمته ورجع المرتهن على الراهن بتلك القيمة وبالدين ثم ظهر العبد فإنه للراهن لقرار الضمان عليه ولا يكون رهناً لأنه لما استحق بطل الرهن لما قلنا إن الملك يقع للراهن فيه من وقت التسليم بحكم الرهن وعقد الرهن كان سابقاً على ذلك.

قال المصنف: **(ثم استحق الرهن فضمنه العدل كان العدل بالخيار، إلى قوله: وليس له أن يضمن غيره)** أقول: والظاهر أن يكون للمستحق خيار تضمين المشتري أيضاً لأنه متعد بالأخذ والتسليم لكن لم يذكروه قوله: **(لأن المضاربة عقد غير لازم)** أقول: تعليل لقوله ولا يشكل إذا استحق رأس مال المضاربة.

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

قال: **(وإذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن فالبيع موقوف)** لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على إجازته، وإن كان الراهن يتصرف في ملكه كمن أوصى بجميع ماله تقف على إجازة الورثة فيما زاد على الثلث لتعلق حقهم به **(فإن أجاز المرتهن جاز)** لأن التوقف لحقه وقد رضي بسقوطه **(وإن قضاه الراهن دينه جاز أيضاً)** لأنه زال المانع من النفوذ والمقتضى موجود وهو التصرف الصادر من الأهل في المحل **(وإذا نفذ البيع بإجازة المرتهن ينتقل حقه إلى بدله هو الصحيح)** لأن حقه تعلق بالمالية والبدل له حكم المبدل فصار كالعبد المديون المأذون إذا بيع برضا

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

لما كان التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره متأخراً طبعاً عن كونه رهناً أخره وضعاً ليوافق الوضع الطبع قوله: **(وإذا باع الرهن بغير إذن المرتهن فالبيع موقوف)** اختلفت عبارة محمد فيه. في موضع قال: بيع المرهون فاسد، وفي موضع قال: جائز، والصحيح أنه جائز موقوف، وقوله فاسد محمول على ما لم يجز، فإن القاضي يفسده إذا خوصم إليه وطلب المشتري التسليم. وقوله جائز محمول على ما إذا أجازه وسلمه، كذا في العناية وغيرها من الشروح قال بعض الفضلاء: ويجوز أن يقال قوله فاسد محمول على المبالغة في التشبيه، فإنه كالفاسد في عدم ترتب الحكم في الفعل، أو أنه مجاز على سبيل المشارفة فإنه على شرف أن يفسد إذا لم يجزه انتهى. أقول: لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن هذين التأويلين ليسا بتأويل فقهي بل هما من قبيل التأويل اللغوي الذي فيه نوع إلغاز وتعمية فلا يناسب أصحاب هذا الفن سيما في موضع الكشف والبيان قوله: **(لتعلق حق الغير وبه وهو المرتهن فيتوقف على إجازته وإن كان الراهن يتصرف في ملكه)** أقول: في تمام هذا القدر من التعليل نظر، فإنه ينتقض بما إذا اعتق الراهن عبد الرهن فإنه ينفذ عتقه كما سيأتي في الكتاب مع جريان هذا التعليل هناك أيضا.

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره إنما تكون بعد كونه رهناً فكان متأخراً طبعاً فأخره وضعاً. قال: **(وإذا باع الراهن الرهن الخ)** إذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن سواء علم بالبيع ولم يأذن أو لم يعلم به، فقد اختلف عبارة محمد رحمه الله فيه. في موضع قال بيع المرهون فاسد، وفي موضع قال جائز. والصحيح أنه جائز موقوف. وقوله فاسد محمول على ما لم يجز، فإن القاضي يفسده إذا خوصم إليه فيه وطلب المشتري التسلم. وقوله جائز محمول على ما إذا أجازه وسلمه ذلك، لأن من تصرف في مال له تعلق به حق الغير جاز موقوفاً كمن أوصى بجميع ماله تقف على إجازة الورثة فيما زاد على الثلث، فإن أجاز المرتهن تم العقد لزوال المانع بإسقاط حقه راضياً، وكذا لو قضاه الراهن دينه فإن أجاز ينتقل حقه إلى بدله لما ذكر في الكتاب، وقوله: **(هو الصحيح)** احتراز عما روي عن أبي يوسف رحمه الله أنه إن شرط عند الإجازة أن يكون الثمن رهناً كان رهناً وإلا فلا، لأن الراهن ملك الثمن بنفوذ البيع بإجازة المرتهن بسبب جديد فلا يصير رهناً من غير شرط، وإن فسخه ففي الانفساخ روايتان كما ذكره في الكتاب. وقوله: **(وولاية الفسخ إلى القاضي لا إليه)** أي لا إلى المرتهن، لأن هذا الفسخ لقطع المنازعة وهو إلى القاضي. وقوله: **(لما ذكرنا)** يعنى لفوات القدرة على التسليم وقوله: **(ولو باعه الراهن الخ)** يعني أو باع الراهن الرهن ولم يجزه المرتهن ثم باعه بيعاً ثانياً فالثاني موقوف كالأول، لأن الموقوف لا يمنع عن التوقف. فلو أجاز المرتهن البيع الثاني جاز الثاني كالأول، ولو أجاز الأول جاز الأول. وهذا لأن حق المرتهن يتعلق

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

قوله: **(وقوله فاسد محمول على ما لم يجز)** أقول: ويجوز أن يقال: قوله فاسد محمول على المبالغة في التشبيه، فإنه كالفاسد في عدم ترتب الحكم في الفعل، أو أنه مجاز على سبيل المشارفة، فإنه على شرف أن يفسد إذا لم يجزه. وقوله جائز محمول على أنه ليس بفاسد ولا باطل في الحال.

الغرماء ينتقل حقهم إلى البدل لأنهم رضوا بالانتقال دون السقوط رأساً فكذا هذا **(وإن لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ في رواية، حتى لو افتكّ الراهن الرهن لا سبيل للمشتري عليه)** لأن الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك له أن يجيز وله أن يفسخ **(وفي أصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه)** لأنه لو ثبت حق الفسخ له إنما يثبت ضرورة صيانة حقه، وحقه في الحبس لا يبطل بانعقاد هذا العقد فبقي موقوفاً، فإن شاء المشتري صبر حتى يفتك الراهن الرهن إذ العجز على شرف الزوال، وإن شاء رفع الأمر إلى القاضي وللقاضي أن يفسخ لفوات القدرة على التسليم وولاية الفسخ إلى القاضي لا إليه، وصار كما إذا أبق العبد المشتري قبل القبض فإنه يتخير المشتري لما ذكرنا كذلك هذا **(ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه بيعاً ثانياً من غيره قبل أن يجزه المرتهن فالثاني موقوف أيضاً على إجازته)** لأن الأول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثاني، فلو أجاز المرتهن البيع الثاني جاز الثاني **(ولو باع الراهن ثم أجر أو وهب أو رهن من غيره وأجاز المرتهن هذه العقود جاز البيع الأول)** والفرق أن المرتهن ذو حظ من البيع الثاني لأنه يتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه لتعلق فائدته به، أما لا حق له في هذه العقود لأنه لا بدل في الهبة والرهن، والذي في الإجازة بدل المنفعة لا بدل العين، وحقه في مالية العين لا في المنفعة فكانت إجازته إسقاطاً لحقه فزال المانع فنفذ البيع الأول فوضح الفرق. قال: **(ولو أعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه)** وفي بعض أقوال الشافعي لا ينفذ إذا كان المعتق معسراً، لأن في تنفيذه إبطال حق المرتهن فأشبه البيع، بخلاف ما إذا كان موسراً حيث ينفذ على بعض أقواله لأن لا يبطل حقه معنى بالتضمين، وبخلاف إعتاق المستأجر لأن الإجارة تبقى مدتها إذ الحرّ يقبلها، أما ما لا يقبل الرهن فلا يبقى. ولنا أنه مخاطب أعتق ملك نفسه فلا يلغو تصرفه بعدم إذن المرتهن كما إذا أعتق العبد المشتري قبل القبض أو أعتق الآبق أو المغصوب. ولا خفاء في قيام ملك الرقبة لقيام المقتضى،

فالوجه في التعليل ها هنا أن يقال لانعدام القدرة على التسليم لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على إجازته، ألا يرى أن المصنف إنما فصل بين هذه المسألة ومسألة الإعتاق بانعدام القدرة على التسليم حيث قال في آخر تعليل المسألة: مسألة الإعتاق من قبل أصحابنا وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم تدبر قوله: **(وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم)** لأن يد المرتهن مانعة عن التسليم والبيع كما يفتقر إلى الملك يفتقر

بالثمن؛ ألا ترى أنه قد يرهن ليباع فأيهما أجازه المرتهن وسلمه إليه نفذ ويأخذ الثمن ويكون رهناً عنده، وأنما خص البيع الثاني لبيان الفرق بينه وبين العقود الباقية المذكورة. فإنه بإجازتها يصح العقد الأول وهو البيع ولم يصح هي، وبأجازة البيع الثاني لا يصح البيع الأول وإن كان سابقاً ويصح هو، والفرق ما ذكره في الكتاب. والأصل في ذلك أن من تعلق حقه بشيء وتبدّل بإجازته إلى غيره فإن كان البدل عما تعلق به حقه تعلق به حقه. وإن كان عن غيره لم يتعلق. فعلى هذا إذا باع الراهن الرهن ثانياً وأجازه المرتهن كان الثمن رهناً عنده فكان ذا حظ من العقد الثاني لتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه، وإذا آجر بعد البيع أو رهن وسلم أو وهب وسلم وأجاز هذه العقود جاز البيع الأول وسماع أولاً لوقوعه قبلها، لأن هذه العقود بعضها لا بدل فيه كما في الهبة والرهن وبعضها وإن كان فيه بدل لكن ليس عما تعلق به حقه في الإجارة فإنه فيه بدل عن المنفعة وحقه في مالية العين دون المنفعة، وإذا لم يكن له منها حظ لم يصح تعيينه وكانت إجازته إسقاطاً لحقه فنفذ البيع الأوّل. وسكت المصنف رحمه الله عن اشتراط التسليم في الرهن والهبة اعتماداً على كونه معلوماً. قال: **(ولو أعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه الخ)** إذا أعتق الراهن عبده المرهون نفذ عتقه موسراً كان أو معسراً. وللشافعي رحمه الله أقوال شمول النفوذ وعدمه والفصل بين الموسر والمعسر. قال في المعسر: في تنفيذ إبطال حق المرتهن فلا يجوز كالبيع، بل أولى لأنه أسرع نفوذاً من العتق حيثُ جاز من المكاتب دون العتق، ولنا أنه مخاطب أعتق ملك نفسه، وكل من فعل ذلك صح كما إذا أعتق العبد المشتري قبل القبض أو الآبق أو المغصوب فإنها تشرك المرهون في فوات يد المالك وفي انتفاء القدرة على التسليم إن باع، فكان المقتضي متحققاً والمانع منتفياً فثبت الحكم. أما تحقق المقتضي فلأنه تصرّف صدر عن أهله، ولا نزاع فيه مضاف إلى محله، لأنه لا خفاء في قيام ملك الرقبة لقيام مقتضيه وهو السبب الموجب لتملكه قبل الرهن. وأما انتفاء المانع فلأن عارض

وعارض الرهن لا ينبىء عن زواله. ثم إذا زال ملكه في الرقبة بإعتاقه يزول ملك المرتهن في اليد بناء عليه كإعتاق العبد المشترك، بل أولى لأن ملك الرقبة أقوى من ملك اليد، فلما لم يمنع الأعلى لا يمنع الأدنى بالطريق الأولى، وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم، وإعتاق الوارث العبد الموصى برقبته لا يلغو بل يؤخر إلى أداء السعاية عند أبي حنيفة، وإذا نفذ الإعتاق بطل الرهن لفوات محله **(ثم)** بعد ذلك **(إن كان الراهن موسراً والدين حالاً طولب بأداء الدين)** لأنه لو طولب بأداء القيمة تقع المقاصة بقدر الدين فلا فائدة فيه **(وإن كان الدين مؤجلاً أخذت منه قيمة العبد وجعلت رهناً مكانه حتى يحل الدين)** لأن سبب الضمان متحقق، وفي التضمين فائدة فإذا حلّ الدين اقتضاه بحقه إذا كان من جنس حقه وردّ الفضل **(وإن كان معسراً سعى العبد في قيمته وقضى به الدين إلا إذا كان بخلاف جنس حقه)** لأن لما تعذر الوصول إلى عين حقه من جهة المعتق يرجع إلى من ينتفع بعتقه وهو العبد لأن الخراج بالضمان. قال رضي الله عنه: وتأويله إذا كانت القيمة أقل من الدين، أما إذا كان الدين أقل نذكره إن شاء الله تعالى **(ثم يرجع بما سعى على مولاه إذا أيسر)** لأنه قضى دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع فيرجع عليه بما تحمل عنه، بخلاف المستسعي في الإعتاق لأنه يؤدي ضماناً عليه، لأنه إنما يسعى لتحصيل العتق عنده وعندهما

الى القدرة على التسليم، ولهذا لا ينفذ بيع الآبق والمستأجر، والإعتاق لا يفتقر إليها بدليل نفاذ إعتاق الآبق، كذا في الكافي وغيره، واعترض عليه صاحب التسهيل حيث قال: أقول هذا يلزم أن يفسد بيع الرهن ولا يتوقف، وبينهما فرق، إذ الفاسد يملك بالقبض دون الموقوف؛ ألا يرى أن المبيع بالبيع الفضولي لا يملك بالقبض وهو موقوف لا

النهي لا ينبىء عن زواله لأن موجب عقد الرهن إما ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن كما عندنا أو هو حق البيع كما هو مذهب الخصم على ما تقدم، وشيء من ذلك لا يزيل ملك العين فيبقى العين على ما كان على ملك الراهن، وإذا كان باقياً على ملكه وقد أزاله بالإعتاق صح، ويزول ملك المرتهن في اليد بناء عليه كما إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه لأن ملك الرقبة أقوى من ملك اليد فلما لم يمنع الأعلى وهو حقيقة الملك للشريك عن صحة العتق فلأن لا يمنع الأدنى وهو يد المرتهن أولى. فإن قيل: ليس المانع منحصر فيما يزيل الملك بل مجرد تعلق الحق مانع ولهذا منع النفاق في البيع والهبة. أجاب بقوله وامتناع النفاذ، ومعناه أن حق المرتهن إنما صلح مانعاً في البيع والهبة لإعدامه قدرة العاقد على التسليم المشروط بصحة العقدين، وليس ذلك بموجود في الإعتاق فلا يصلح مانعاً. وقوله: **(وإعتاق الوارث)** جواب عما تمسك به الشافعي رحمه الله في بعض المواضع وادّعى أن إعتاقه لغو. وصورته مريض أوصى برقبة عبده الشخص ولا مال له غيره ثم مات وأعتق الوارث العبد لم ينفذ لحق الموصى له فكذا يجب أن يكون في الرهن، ووجهه أن ذلك لا يلغو بل يؤخر إلى أداء السعاية عند أبي حنيفة رحمه الله. وأما عندهما فلا إشكال لأنه يعتق في الحال. وقوله: **(وإذا نفذ الإعتاق)** راجع إلى أوّل الكلام: يعني فإذا ثبت تحقق المقتضى وانتفاء المانع نفذ الإعتاق، وإذا نفذ الإعتاق بطل الرهن لفوات محله وما بعده ظاهر. وقوله: **(إلا إذا كان بخلاف جنس حقه)** يعني إلا إذا كان الحاصل من السعاية بخلاف جنس حق المرتهن فإنه لا يقضي به دينه بل يبدل به جنس حقه ويقضي به دينه. وقوله: **(لأنه لما تعذر الوصول)** دليل وجوب السعاية على العبد. وقوله: **(نذكره)** يعني في هذا الباب في مسألة استيلاد الأمة المرهونه. وقوله: **(وعندهما لتكميله)** يعني وإن عتق عندهما لكن في عتقه نقصان لكونه مطلوباً بالسعاية، فإذا أدّاها كمل العتق. وقوله: إلا رواية عن أبي يوسف رحمه الله فإن المبيع محبوس في يد البائع كالرهن في يد المرتهن. وقوله: **(والمرتهن ينقلب حقه ملكاً)** يعني أن الرهن إذا هلك في يده كان مالكاً من حيث المالية، وباقي كلامه واضح. قال: **(ولو دبره الراهن صح تدبيره الخ)** الراهن إذا دبر الرهن صح تدبيره بالاتفاق، أما عندنا فظاهر لأنه يوجب حق العتق وحقيقته لم تمنع فحقه أولى، وأما عنده: أي عند الشافعي رحمه الله فلأنه لا يمنع البيع فلا يبطل حق المرتهن، وقوله: **(وإذا صحا)** يعني التدبير والاستيلاد **(خرجا)** أي المدبر وأم الولد: يعني عندنا. وأما عنده فإن المدبر لا يخرج منه لقبوله

قوله: **(أجاب بقوله وامتناع النفاذ، إلى قوله: وليس ذلك بموجود في الإعتاق فلا يصلح مانعاً)** أقول: وأيضاً الإعتاق لا يقبل الرد والفسخ، فكذا التوقف بخلافهما فليتأمل.

لتكميله، وهنا يسعى في ضمان على غيره بعد تمام إعتاقه فصار كمعير الرهن. ثم أبو حنيفة أوجب السعاية في المستسعي المشترك في حالتي اليسار والإعسار، وفي العبد المرهون شرط الإعسار لأن الثابت للمرتهن حق الملك وأنه أدنى من حقيقته الثابتة للشريك الساكت فوجب السعاية هنا في حالة واحدة إظهار النقصان رتبته بخلاف المشتري قبل القبض إذا أعتقه المشتري حيث لا يسعى للبائع إلا رواية عن أبي يوسف والمرهون يسعى لأن حق البائع في الحبس أضعف لأن البائع لا يملكه في الآخرة ولا يستوفي من عينه وكذلك يبطل حقه في الحبس بالإعارة من المشتري، والمرتهن ينقلب حقه ملكاً. ولا يبطل حقه بالإعارة من الراهن حتى يمكنه الاسترداد، فلو أوجبنا السعاية فيهما لسوّينا بين الحقين وذلك لا يجوز **(ولو أقر المولى برهن عبده)** بأن قال له **(رهنتك عند فلان وكذبه العبد ثم أعتقه تجب السعاية)** عندنا خلافاً لزفر، وهو يعتبر، فإقراره بعد العتق، ونحن نقول أقرّ بتعلق الحق في حال يملك التعليق فيه لقيام ملكه فيصح، بخلاف ما بعد العتق لأنه حال انقطاع الولاية. قال: **(ولو دبره الراهن صح تدبيره بالاتفاق)** أما عندنا فظاهر، وكذا عنده لأن التدبير لا يمنع البيع على أصله **(ولو كانت أمة فاستولدها الراهن صح الاستيلاد بالاتفاق)** أما عندنا فظاهر، وكذا عنده لأن التدبير لا يمنع البيع على أصله **(ولو كانت أمة فاستولدها الراهن صح الاستيلاد بالاتفاق)** لأنه يصح بأدنى الحقين وهو ما للأب في جارية الابن فيصح بالأعلى **(وإذا صحا خرجا من الرهن)** لبطلان المحلية، إذ لا يصح استيفاء الدين منهما **(فإن كان الراهن موسراً ضمن قيمتهما)** على التفصيل الذي ذكرناه في الإعتاق **(وإن كان معسراً استسعى المرتهن المدبر وأم الولد في جميع الدين لأن كسبهما مال المولى)** بخلاف المعتق حيث يسعى في الأقل من الدين ومن القيمة لأن كسبه حقه، والمحتبس عنده ليس إلا قدر القيمة فلا يزاد عليه، وحق المرتهن بقدر الدين فلا تلزمه الزيادة ولا يرجعان بما يؤديان على المولى بعد يساره لأنهما أدّياه من مال المولى، والمعتق يرجع لأنه أدّى ملكه عنه وهو مضطر على ما مر. وقيل الدين إذا كان مؤجلاً يسعى المدبر في قيمته قناً لأنه عوض الرهن حتى تحبس مكانه فيتقدر بقدر العوض، بخلاف ما إذا كان حالاً لأنه يقضي به الدين، ولو أعتق الراهن المدبر وقد قضى عليه بالسعاية أو لم يقض لم يسع إلا بقدر القيمة لأن كسبه بعد العتق ملكه، وما أداه قبل العتق لا يرجع به على مولاه لأنه أداه من مال المولى. قال: **(وكذلك لو استهلك الراهن الرهن)** لأنه حق محترم مضمون عليه بالإتلاف، والضامن رهن في يد المرتهن لقيامه مقام العين **(فإن استهلكه أجنبي**

فاسد انتهى. أقول: هذا الاعتراض ظاهر السقوط، لأنه إنما يلزم أن يفسد بيع الرهن ولا يتوقف أن لو انتفى القدرة على تسليمه بالكلية، والمنتفي في بيع الرهن إنما هو القدرة على تسليمه بدون إجازة المرتهن أو قضاء الراهن دينه لا القدرة على تسليمه اصلاً فيتوقف على إجازة المرتهن أو قضاء الراهن دينه. إذ بواحد منهما تحصل القدرة على التسليم فينفذ البيع كما في البيع الفضولي قوله: **(وكذلك لو استهلك الراهن الرهن)** قال صاحب النهاية، هو معطوف على قوله فإن كان موسراً ضمن قيمتها. واقتفى أثره صاحب معراج الدراية وصاحب العناية، أقول: شرح هذا المقام

حكم الرهن كما مرّ آنفاً. وكلامه واضح. قوله: **(وكذلك لو استهلك الراهن الرهن)** معطوف على قوله فإن كان موسراً ضمن قيمتها. وقوله والواجب على هذا المستهلك: يعني الأجنبي، وقيده بذلك احترازاً عن استهلاك المرتهن فإنه يجب عليه قميته يوم قبض لا يوم هلك كما سيجيء. قوله: **(كأنها هلكت بآفة سماوية)** يعني تكون الزيادة مضمونة على المرتهن. قوله: **(والمعتبر في ضمان الرهن)** تعليل ذلك، قيل عليه النقصان إنما هو بتراجع السعر وأنه لا يسقط من الدين شيئاً. وأجيب بأن العين قد تغيرت فكانت بمثابة لو كانت باقية ترجع إلى ما كانت عليه، فبالهلاك فاتت تلك الصلاحية، وقد ثبت في ابداء القبض ضمان تلك القيمة فسقط قدر النقصان من العين عند القتل، بخلاف ما إذا لم تتغير العين وقد تراجع السعر، لأن العين التي قبضها بحالها من غير تفاوت فلا يسقط شيء من الدين. قوله: **(وإن نقصت عن الدين بتراجع السعر)** إشارة إلى هذا السؤال والجواب.

فالمرتهن هو الخصم في تضمينه فيأخذ القيمة وتكون رهناً في يده) لأنه أحق بعين الرهن حال قيامه فكذا في استرداد ما قام مقامه، والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك، فإن كانت قيمته يوم استهلكه خمسمائة ويوم رهن ألفاً غرم خمسمائة وكانت رهناً وسقط من الدين خمسمائة فصار الحكم في الخمسمائة الزيادة كأنها هلكت بآفة سماوية، والمعتبر في ضمان الرهن القيمة يوم القبض لا يوم الفكاك لأن القبض السابق مضمون عليه لأنه قبض استيفاء، إلا أنه يتقرّر عند الهلاك **(ولو استهلكه المرتهن والدين مؤجل غرم القيمة)** لأنه أتلف ملك الغير **(وكانت رهناً في يده حتى يحل الدين)** لأن الضمان بدل العين فأخذ حكمه **(وإذا حلّ الدين وهو على صفة القيمة استوفى المرتهن منها قدر حقه)** لأنه جنس حقه **(ثم إن كان فيه فضل يرده على الراهن)** لأنه بدل ملكه وقد فرغ عن حق المرتهن **(وإن نقصت عن الدين بتراجع السعر إلى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن ألفاً وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة)** لأن ما انتقص كالهالك وسقط الدين بقدره، وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر، ووجب عليه الباقي بالإتلاف وهو قيمته يوم أتلف. قال: **(وإذا أعار المرتهن الرهن للراهن ليخدمه أو ليعمل له عملاً فقبضه خرج من ضمان المرتهن)** لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن **(فإن هلك في يد الراهن هلك بغير**

بهذا الوجه خروج عن سنن الصواب، لأن قوله وكذلك لو استهلك الراهن الرهن لفظ القدوري في مختصره: وهو مذكور في البداية أيضا، وقوله فإن كان موسرا ضمن قيمتها ليس بلفظ القدوري في مختصره، وليس بمذكور في البداية أصلاً بل هو من المسائل التي ذكرها المصنف في الهداية تفريعاً على مسألة مختصر القدوري، وهي من قوله ولو أقر المولى برهن عبده إلى هنا فكيف يصح لفظ أحد الشيخين في أحد الكتابين معطوفاً على لفظ شيخ آخر في كتاب آخر، وكيف يمكن عطف عبارة المتن وهو البداية على عبارة الشرح وهو الهداية مع تقدم تحقق عبارة المتن على تحقيق عبارة الشرح. فالصواب أن يجعل قوله المذكور معطوفاً على قوله فيما مر، فإن كان الدين حالاً طولب بأداء الدين، وإن كان مؤجلاً أخذ منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين لأنه أيضا لفظ القدوري في مختصره ومذكور في البداية أيضا فيتم، ويحسن عطف أحدهما على الآخر، وترتيب عبارة مختصر القدوري والبداية هكذا فإن أعتق الراهن عبد الرهن من نفذ عتقه، فإن كان الدين حالاً طولب بأداء الدين، وإن كان مؤجلاً أخذ منه قيمة العبد وجعلت رهناً مكانه حتى يحل الدين، وإن كان الراهن معسراً سعى العبد في قيمته وقضى الدين، وكذلك لو استهلك الراهن الرهن انتهى فتأمل في هذا الترتيب تكن الحاكم الفيصل قوله: **(وإن نقصت عن الدين بتراجع**

وقوله: **(وإذا أعار المرتهن الرهن للراهن)** فيه تسامح، لأن الإعارة تمليك المنافع بغير عضو والمرتهن لا يمكلها فكيف يملكها غيره، ولكن لما عومل معاملة الإعارة من عدم الضمان وتمكن استرداد المعير أطلق الإعارة. وقوله: **(لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن)** لأن قبض الرهن يوجب الضمان وقبض العارية لا يوجبه. وفي إيجاب الضمان على المرتهن بعد الإعارة يلزم الجمع بينهما وهو ممتنع، وذلك لأن الضمان إنما يجب إذا كان يد الراهن بعد الإعارة يد المرتهن، ويده إذ ذاك يد عارية في ذلك جمع بينهما لا محالة، فاعتبرنا يد الراهن يد رهن للزوم عقد الرهن وأزلنا الضمان لفوات القبض الموجب له وهو محسوس لا يرد، ولجواز انفكاك الرهن عن كونه مضموناً في الجملة كما في ولد الرهن، وكلامه واضح في غاية التحقيق شكر الله سعيه. وقوله: **(لما قلنا)** إشارة إلى قوله لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن. وقوله: **(وهذا)** أي ما ذكرنا من إعارة أحدهما بإذن الآخر أجنبياً **(بخلاف الإجارة والبيع والهبة من أجنبي)** وجملة هذه التصرفات ستة: العارية، والوديعة، والرهن، والإجارة، والبيع، والهبة فالعارية توجب سقوط الضمان سواء كان المستعير هو الراهن أو المرتهن إذا هلك حالة الاستعمال أو أجنبياً ولا يرفع عقد الرهن، وحكم الوديعة كحكم العارية، والرهن يبطل عقد الرهن، وأما الإجارة فالمستأجر إن كان هو الراهن فيه باطلة وكان بمنزلة ما لو أعار منه أو أودعه فله أن يسترده. وإن كان هو المرتهن وجدد القبض للإجارة أو أجنبياً بمباشرة أحدهما العقد بإذن الآخر بطل الرهن والأجرة للراهن وولاية القبض للعاقد ولا يعود رهناً إلا بالاستئناف. وأما البيع والهبة فإن العقد يبطل بهما إذا كانا من المرتهن أو أجنبيّ بمباشرة أحدهما بإذن الآخر، وأما من الراهن فلا يتصور وقوله:

شيء) لفوات القبض المضمون **(وللمرتهن أن يسترجعه إلى يده)** لأن عقد الرهن باق إلا في حكم الضمان في الحال؛ ألا ترى أنه لو هلك الراهن قبل أن يرده على المرتهن كان المرتهن أحق به من سائر الغرماء، وهذا لأن يد العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن على كل حال؛ ألا ترى أن حكم الرهن ثابت في ولد الرهن وإن لم يكن مضموناً بالهلاك، وإذا بقي عقد الرهن فإذا أخذه عاد الضمان لأنه عاد القبض في عقد الرهن فيعود بصفته **(وكذلك لو أعاره أحدهما أجنبياً بإذن الآخر سقط حكم الضمان)** لما قلنا **(ولكل واحد منهما أن يرده رهناً كما كان)** لأن لكل واحد منهما حقاً محترماً فيه. وهذا بخلاف الإجارة والبيع والهبة من أجنبي إذا باشرها أحدهما بإذن الآخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود إلا بعقد مبتدإ **(ولو مات الراهن قبل الرد إلى المرتهن يكون المرتهن أسوة للغرماء)** لأنه تعلق بالرهن حق لازم بهذه التصرفات فيبطل به حكم الرهن، أما بالعارية لم يتعلق به حق لازم فافترقا

السعر إلى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن ألفاً وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة، لأن ما انتقص كالهالك وسقط الدين بقدره وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقي بالإتلاف وهو قيمته يوم أتلف) قال الزيلعي بعد أن ذكر هذا بعينه في شرح الكنز: كذا ذكره صاحب الهداية وغيره. وهذا مشكل فإن النقصان بتراجع السعر إذا لم يكن مضموناً عليه ولا معتبراً فكيف يسقط من الدين خمسمائة سوى ما ضمن بالإتلاف، وكيف يكون ما انتقص به كالهالك حتى يسقط الدين بقدره وهو لم ينتقص إلا بتراجع السعر وهو لا يعتبر فوجب أن لا يسقط بمقابلته شيء من الدين انتهى. أقول: ليس استشكاله بشيء فإنه يضمحل بقول صاحب الهداية وغيره، وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر، إذ لا شك أن القبض السابق مضمون عليه لأنه قبض استيفاء فبالهلاك يتقرر الضمان. ولما كان المعتبر قيمته يوم القبض ألفاً ثم انتقصت منها خمسمائة بتراجع السعر سقط عن الدين لا محالة مقدار تمام الألف خمسمائة منه بالإتلاف وخمسمائة منه بقبضه السابق حيث كانت قيمته يوم القبض ألفاً تاماً، ولا تأثير في سقوط شيء منه لتراجع السعر أصلاً. وهذا مع ظهوره من عبارة الهداية وغيرها كيف خفي على مثل ذلك الفاضل قوله: **(وكذلك لو أعاره أحدهما أجنبياً بإذن الآخر سقط حكم الضمان لما قلنا)** يشير بقوله لما قلنا إلى قوله لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن. قال

(لما بينا) يعني في صورة العارية، ثم لو اختلفا في وقت الهلاك فالقول للمرتهن والبينة للراهن. قال: **(ومن استعار من غيره ثوباً الخ)** ومن استعار ثوباً ليرهنه فالمعير إما أن يطلق في ذلك أو يقيده بشيء. فإن كان الأول فما رهنه المستعير به من قليل وكثير جائز عملاً بالإطلاق وكان ذلك تبرعاً من المعير بإثبات ملك اليد فيعتبر بإثبات ملك العين واليد جميعاً بأن استأذن أن يقضي ديناً عليه بماله. فإن قيل: اعتبار غير صحيح لجواز أن يكون صحة ذلك لاجتماع العين واليد فيه، فالجواب أن الاتصال غير مانع لعدم استلزام أحدهما الآخر، فإنه يجوز أن ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتاً كالصبيّ فإنه يثبت له ملك العين دون اليد، وزوالاً كالبائع بشرط الخيار فإنه يزول ملك اليد دون ملك العين، وإذا كان كذلك جاز أن يثبت للمرتهن ملك اليد دون العين. وقوله: **(لأن الجهالة فيها لا تفضي إلى المنازعة)** يعني المنازعة المانعة من التسليم والتسلم فإنها هي المفسدة للعقد، فصار كما إذا أعار ثوباً وأطلق، وإن كالثاني سواء كان التقييد بالقدر أو الجنس أو المرتهن أو البلد ضمن القيمة بالمخالفة لصيرورته غاصباً بالتصرف بغير إذنه، فإن كان التقييد بالقدر هي الزيادة عليه لفوات الغرض فإن غرضه الاحتباس بما تيسر أداؤه إن احتاج إلى فكاكه وهو أقل المالين، فالزيادة زيادة ضرر وبقي النقصان لأن غرضه أن يستوفي أكثر

قال المصنف: **(فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر)** أقول: هذا مشكل لأن النقصان بتراجع السعر إذا لم يكن مضموناً عليه ولا معتبراً فكيف يسقط من الدين خمسمائة سوى ما ضمن بالإتلاف، وكيف يكون ما انتقص به كالهالك حتى يسقط الدين بقدره وهو لم ينتقص إلا بتراجع السعر وهو لا يعتبر، فوجب أن لا يسقط بمقابلته شيء من الدين، كذا في شرح الزيلعي، ومن تأمل حق التأمل في كلام المصنف لعله يلوح له اندفاع هذا الإشكال قال المصنف: **(سقط حكم الضمان لما قلنا)** أقول: فيه أنه إذا وضع في يد العدل لا يسقط الضمان مع المنافاة بين يدي الإيداع والرهن فتأمل فإنه ممنوع.

(وإذا استعار المرتهن الرهن من الراهن ليعمل به فهلك قبل أن يأخذ في العمل هلك على ضمان الرهن) لبقاء يد الرهن **(وكذا إذا هلك بعد الفراغ من العمل)** لارتفاع يد العارية **(ولو هلك في حالة العمل هلك بغير ضمان)** لثبوت يد العارية بالاستعمال وهي مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان **(وكذا إذا أذن الراهن للمرتهن بالاستعمال)** لما بيناه **(ومن استعار من غيره ثوباً ليرهنه فما رهنه به من قليل أو كثير فهو جائز)** لأنه متبرّع بإثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع بإثبات ملك العين واليد وهو قضاء الدين، ويجوز أن ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتاً للمرتهن كما ينفصل زوالاً في حق البائع، والإطلاق واجب الاعتبار خصوصاً في الإعارة لأن الجهالة فيها لا تفضي إلى المنازعة **(ولو عين قدراً لا يجوز للمستعير أن يرهنه بأكثر منه، ولا بأقل منه)** لأن التقييد مفيد، وهو ينفي الزيادة، لأن غرضه الاحتباس بما تيسر أداؤه، وينفي النقصان أيضاً لأن غرضه أن يصير مستوفياً للأكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع به عليه **(وكذلك التقييد بالجنس وبالمرتهن وبالبلد)** لأن كل ذلك مفيد لتيسر البعض بالإضافة إلى البعض وتفاوت الأشخاص في الأمانة والحفظ **(فإذا خالف كان ضامناً، ثم إن شاء المعير ضمن المستعير ويتم عقد الرهن فيما بينه**

بعض الفضلاء: فيه أنه إذا وضع في يد العدل لا يسقط الضمان مع المنافاة بين يدي الإيداع والرهن. أقول: الفرق بين الإعارة وبين الوضع في يد العدل مذكور في شرح تاج الشريعة، وفي الكفاية مفصلاً مستوفى فكأنه لم يرهما فمن شاء فليراجعهما. قوله: **(وهذا بخلاف الإجارة والبيع والهبة من اجنبي إذا باشرها أحدهما بإذن الآخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود إلا بعقد مبتدإ)** قال الشراح: وحكم الوديعة كحكم العارية، وحكم الرهن كحكم الإجازة انتهى، وأورد بعض الفضلاء على قولهم وحكم الوديعة كحكم العارية بأن قال: إذا كان الإيداع من أجنبي ينبغي أن

المالين إن هلك الرهن عند المرتهن، فإن الراهن يردّ عليه مثل ما تم الاستيفاء به بالهلاك، ويفوت ذلك إذا رهن بالأقل وكلامه ظاهر. وقوله: **(ووجب مثله)** أي مثل ما تم الاستيفاء به بالهلاك وهو مقدار الدين المسمى لا مثل قيمة الثوب إن كانت أكثر، لأن الزيادة عن قدر الدين عند الهلاك أمانة فيما نحن فيه، وهو ما إذا وافق المستعير المعير فيما شرطه. وقوله: **(على ما بيناه)** يعني قوله لأنه صار قاضياً دينه بماله، وكذلك قوله لما بيناه إشارة إليه. وقوله: **(أن يفتكه جبراً عن الراهن)** قيل معناه من غير رضاه وليس بظاهر. وقيل نيابة ولعله من الجبران: يعني جبراناً لما فات عن الراهن من القضاء بنفسه. وقوله: **(ولهذا يرجع على الراهن بما أدى)** قال في النهاية: ليس مجرى على إطلاقه، بل معناه يرجع على الراهن بما أدّى إذا كان ما أداه بقدر القيمة لا ما كان أكثر منها: يعني إن كان قيمة الرهن ألفاً ورهنه بألفين فافتكه المعير بألفين ليس له أن يرجع بما زاد على قيمته، لأنه لو هلك الرهن لم يضمن الراهن للمعير أكثر من ذلك، وليس بوارد على المصنف رحمه الله لأنه وضع المسألة فيما إذا كانت القيمة مثل الدين. وقوله: **(على ما بينا)** إشارة إلى قوله لأنه صار قاضياً دينه بماله **(ولو اختلفا في ذلك)** أي في كون الهلاك حال الرهن أو غيره فقال المعير هلك حال الرهن وقال المستعير هلك قبل الرهن أو بعد الافتكاك فالقول قول الراهن لما ذكر والبينة بينة المعير لأنه يدعي عليه الضمان. فإن قيل: إذا ادّعى الراهن الهلاك بعد الفكاك فقد أقرّ بسبب وجوب الضمان وهو رهنه الثوب بدينه ثم ادعى ما ينسخه وهو الفكاك فلا بد له من حجة كما إذا ادعى الغاصب ردّ المغصوب. أجيب بأن الموجب للمضان فراغ ذمته عن الدين بمالية الرهن ولم يقرّ بذلك. وقوله: **(ولو اختلفا)** هكذا في نسخة قراءتي على الشيخ رحمه الله، وقد وقع في النسخ كما لو اختلفا قال في النهاية وغيره من الشروح: ليس بصحيح. والصواب بالواو ولأن في لفظ كما يختلف الغرض، إذ في الأول القول للراهن وهو المستعير وفي الثاني للمعير فكيف يصح التشبيه. وقوله: **(في إنكار أصله)** يريد عقد العارية. وقوله: **(لأن استرداد القيمة كاسترداد العين)** يعني أن المرتهن استرد قيمة

قوله: **(وحكم الوديعة كحكم العارية)** أقول: إذا كان الإيداع من أجنبي ينبغي أن لا يسقط الضمان لأنه العدل قوله: **(فإنه يجوز أن ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتاً الخ)** أقول: فيه بحث، فإن قول المصنف للمرتهن يدل على أن المراد بانفصال ملك اليد عن ملك العين ثبوتاً ثبوت ملك اليد لشخص دون ملك العين فشرحه لا يطابق المشروح، والمراد بالانفصال زوالاً أن يبقى ملك اليد ويزول ملك العين كما لا يخفى.

وبين المرتهن) لأن ملكه بأداء الضمان فتبين أنه رهن ملك نفسه **(وإن شاء ضمن المرتهن ويرجع المرتهن بما ضمن وبالدين على الراهن)** وقد بيناه في الاستحقاق **(وإن وافق)** بأن رهنه بمقدار ما أمره به **(إن كانت قيمته مثل الدين أو أكثر فهلك عند المرتهن يبطل المال عن الراهن)** لتمام الاستيفاء بالهلاك **(ووجب مثله لرب الثوب على الراهن)** لأنه صار قاضياً دينه بماله بهذا القدر وهو الموجب للرجوع دون القبض بذاته لأنه برضاه، وكذلك إن أصابه عيب ذهب من الدين بحسابه ووجب مثله لربّ الثوب على الراهن على ما بيناه **(وإن كانت قيمته أقل من الدين ذهب بقدر القيمة وعلى الراهن بقية دينه للمرتهن)** لأنه لم يقع الاستيفاء بالزيادة على قيمته وعلى الراهن لصاحب الثوب ما صار به موفياً لما بيناه **(ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه جبراً عن الراهن لم يكن للمرتهن إذا قضى دينه أن يمتنع)** لأن غير متبرّع حيث يخلص ملكه ولهذا يرجع على الراهن بما أدّى المعير فأجبر المرتهن على الدفع **(بخلاف الأجنبي إذا قضى الدين)** لأنه متبرّع إذ هو لا يسعى في تخليص ملكه ولا في تفريغ ذمته فكان للطالب أن لا يقبله **(ولو هلك الثوب العارية عند الراهن قبل أن يرهنه أو بعد ما افتكه فلا ضمان عليه)** لأنه لا يصير قاضياً بهذا وهو

لا يسقط الضمان لأن العدل انتهى. أقول: ليس الأمر كما زعمه لأن العدل من رضيا بوضع الرهن في يده ابتداء وكلام الشراح هنا فيما إذا أودع أحدهما الرهن بإذن الآخر بعد أن قبضه المرتهن بنفسه. ثم إن الفرق بينهما أنّ في صورة الإيداع بعد قبض المرتهن بنفسه ينتقض قبضه السابق بالإيداع للمنافاة بين الوديعة ويد الرهن لكون إحداهما موجبة للضمان دون الأخرى كما ذكره في المنافاة بين يدي العارية والرهن. وأما في صورة الوضع في يد العدل ابتداء فيقوم يد العدل في قبض الرهن مقام يد المرتهن في حق المالية فيصير الرهن مضموناً على المرتهن من هذه الحيثية كما تبين في بابه ولم يوجد شيء آخر يقتضي انتقاض هذا القبض فبقي الضمان على حاله قوله: **(ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه جبراً عن الراهن لم يكن للمرتهن إذا قضى دينه أن يمتنع)** اعلم ان قوله جبراً

الرهن من المعير واسترداد القيمة كاسترداد العين، ولو استرد العين ثم استوفى دينه من الراهن وجب عليه ردّ العين فكذلك رد قيمته. وقوله: **(ولو استعار عبداً أو دابة ليرهنه)** واضح. وقوله في آخره: **(أما المستعير في الرهن فيحصل مقصود الأمر)** يعني بتسليم الرهن إلى المرتهن سعى في جعل المستعير في الرهن بمعنى المودع ليكون التسليم إلى المرتهن بمنزلة رده إلى صاحبه فيبرأ من الضمان، وهو صحيح ظاهر إذا كان الاستعمال قبل الرهن، أما بعد فكاكه فليس ثمة تحصيل مقصود الآمر فلا يكون دافعاً لما يريد من صورة المستعير في غير الرهن. وقد أجيب بأن تم الرد إلى نائب المعير وهو المستعير نفسه قد وجد. لأن الراهن الذي هو المستعير بعد الفكاك مودع والمودع يبرأ بالعود إلى الوفاق، فالعود إلى الوفاق قبل الرهن كأنه ردّ إلى صاحبه حكماً وبعده إلى نائبه كذلك وهذا الذي اختاره المصنف رحمه الله هو مختار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله. وأما اختيار شيخ الإسلام رحمه الله فهو أن المستعير يبرأ عن الضمان بالعود إلى الوفاق دلت عليه هذه المسألة. قال: **(وجناية الراهن على الرهن مضمونة)** معناه واضح وعنى باللازم ما لا يقدر على إسقاطه بانفراده وبالمحترم هو أن يكون غيره ممنوعاً عن إبطاله. وقوله: **(والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال)** يعني أن تكون الجناية في النفس أو ما دونها خطأ أما ما يوجب القصاص فهو معتبر بالإجماع. وقوله: **(أما الوفاقية)** يعني أما وجه المسألة التي اتفقوا في حكمها وهي أن جناية الرهن على

قال المصنف: **(ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه جبراً عن الراهن)** أقول: تصحيف عن قوله حين أعسر، لأن صاحب الهداية أخذ هذا من المبسوط، وفي المبسوط حين أعسر. قال فخر الإسلام البزودي: ذكر أنه حين أعسر الراهن، لأن المعنى لا يستقيم لأن المعير يفتك جبراً من المرتهن لا من الراهن، لأن الرهن ليس في يد الراهن وإنما هو في يد المرتهن ولكن يفتكه المعير حين أعسر الراهن ولعله وقع من الكاتب أو صفحه القارىء، كذا سمع نقلته من خط مولانا أياس. قال في الكفاية: فأراد المعير أن يفتكه نيابة عن الراهن جبراً عن المرتهن انتهى. وقال أكمل الدين: افتكه جبراً عن الراهن. قيل: معناه من غير رضاه وليس بظاهر، وقيل نيابة. ولعله من الجبران يعني جبراناً لما فات عن الراهن من القضاء بنفسه انتهى. والأصوب أن عن ها هنا للبدلية، كما في قوله تعالى: ﴿لا تجزي نفس عن نفس شيئاً﴾ في قوله عليه الصلاة والسلام «صومي عن أمك» فلا غبار إذ يصير المعنى حينئذٍ جبراً على المرتهن بدل الراهن، والبدلية بين الراهن والمعير.

الموجب على ما بينا **(ولو اختلفا في ذلك فالقول للراهن)** لأنه ينكر الإيفاء بدعواه الهلاك في هاتين الحالتين **(كما لو اختلفا في مقدار ما أمره بالرهن به فالقول للمعير)** لأن القول قوله في إنكار أصله فكذا في إنكار وصفه **(ولو رهنه المستعير بدين موعود وهو أن يرهنه به ليقرضه كذا فهلك في يد المرتهن قبل الإقراض والمسمى والقيمة سواء يضمن قدر الموعود المسمى)** لما بينا أنه كالموجود ويرجع المعير على الراهن بمثله، لأن سلامة مالية الرهن

عن الراهن في اثناء هذه المسألة من مغلقات هذا الكتاب، وكان لفظ محمد بدل هذا في هذه المسألة حين أعسر الراهن كما ذكره شمس الأئمة السرخسي وفخر الإسلام البزدوي وقد نبه عليه تاج الشريعة وصاحب الكفاية، وعن هذا قال بعضهم: لعل قول المصنف جبراً عن الراهن تصحيف وقع من الكاتب أو القارىء، وقال صاحب معراج الدراية: معنى قوله جبراً عن الراهن: بغير رضاه ويوافقه تقرير صاحب الكافي في هذه المسألة حيث قال: ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه جبراً بغير رضا الراهن ليس للمرتهن أن يمتنع إذا قضى دينه. وقال صاحب الكفاية: معنى قوله فأراد المعير أن يفتكه جبراً عن الراهن: أراد أن يفتكه نيابة عن الراهن جبراً عن المرتهن. وقال صاحب العناية: قوله افتكه جبراً عن الراهن قيل معناه: من غير رضاه وليس بظاهر، وقيل نيابة ولعله من الجبران: يعني جبراناً لما فات عن الراهن من القضاء بنفسه انتهى. أقول: فيه كلام أما أوّلاً فلأن ما اختاره من المعنى لا يتمشى فيما إذا أراد المعير أن يفتكه قبل حلول أجل دين الراهن إذا لم يفت عن الراهن ذاك القضاء بنفسه لعدم مجيء أوانه حتى يكون افتكاك المعير الرهن هناك بقضاء دين الراهن جبراناً لما فات عنه من القضاء بنفسه، مع أن تلك الصورة أيضا داخلة في جواب هذه المسألة كما لا يخفى، وأما ثانياً فلأنه لم يسمع في العربية جبر عنه. سواء كان من الجبر بمعنى القهر أو من الجبر بمعنى الجبران، ومحل الإغلاق في تركيب المصنف إنما هو كلمة عن الداخلة على الراهن لا كون الجبر بمعنى القهر إذ هو متحقق في مسألتنا بالنظر إلى المرتهن. وعلى المعنى الذي اختاره لا يظهر لكلمة عن متعلق إلا أن يصار إلى تقدير لما فات جملة وجعل كلمة عن متعلقة بلفظ فات المندرج في ذلك، ولا يخفى بعده جداً فكيف يرتكب مع حصول المقصود منه بتقدير متعلق كلمة عن لفظ نيابة وحده كما فعله صاحب الكفاية قوله: **(ولهذا يرجع على الراهن بما أدّى)** قال صاحب النهاية: وها هنا قيد لازم ذكره، فإن قوله يرجع على الراهن بما أدّى غير مجرى إطلاقه، بل معناه يرجع على الراهن بما أدى إذا كان ما أداه بقدر الدين لا

الراهن هدر **(فلأنها جناية المملوك على المالك)** فيما يوجب المال بدليل أنه إذا مات وجب الكفن على مولاه وكل ما كان كذلك فهو هدر لأنه لو جنى على غيره وجب على مولاه من ماله، فإذا جنى عليه شيء لكان واجباً له عليه وذلك باطل. ونوقض بالمغصوب إذا جنى على مالكه المغصوب منه فإنها توجب الضمان. وأجاب المصنف رحمه الله بما في الكتاب، بخلاف الجناية الموجبة للقصاص فإن المستحق بها دمه والمولى أجنبي عنه. يوضحه أن إقرار المولى عليه بالجناية الموجبة للقصاص غير صحيح وبالموجبة للمال صحيح وإقرار العبد على عكس ذلك. ولهما في الخلافية أن الجناية حصلت على غير مالكه، إذ المرتهن غير مالك للعين وحصولها على غير المالك يوجب الضمان كما لو حصلت على أجنبي آخر. فإن قيل: ماليته محتبسة بدينه فلا فائدة في إيجاب الضمان. أجاب بقوله: **(وفي الاعتبار فائدة وهو دفع العبد إليه بالجناية فتعتبر)** وإن

قوله: **(قال في النهاية: ليس مجرى على إطلاقه، إلى قوله: وليس بوارد على المصنف)** أقول: قال الإمام الزيلعي بعد ما نقل كلام النهاية وهذا مشكل، لأن تخليص الرهن لا يحصل بإيفاء بعض الدين فكان مضطراً، وباعتبار الاضطرار ثبت حق الرجوع، فكيف يمتنع الرجوع مع بقاء الاضطرار، وهذا لأن غرضه تخليصه لينتفع به ولا يصلح ذلك إلا بأداء الدين كله، إذ للمرتهن أن يحبسه حتى يستوفي الكل على ما عرف في موضعه انتهى. وقد سنح لي هذا الإشكال قبل رؤيتي كلامه في هذا المحل. وجوابه مذكور في الكفاية والدراية فراجعهما نص عبارة الكفاية والكاكي. فإن قيل: هو لا يتوصل إلى تخليص ملكه إلا بإيفاء جميع الدين فلم يكن متبرعاً. قلت: الضمان إنما وجب على المستعير باعتبار إيفاء الدين من ملكه، فكان الرجوع عليه باعتبار ما يتحقق به الإيفاء انتهى فتأمل، فإن للكلام مجالاً.

باستيفائه من المرتهن كسلامته ببراءة ذمته عنه **(ولو كانت العارية عبداً فأعتقه المعير جاز)** لقيام ملك الرقبة **(ثم المرتهن بالخيار إن شاء رجع بالدين على الراهن)** لأن لم يستوفه **(وإن شاء ضمن المعير قيمته)** لأن الحق قد تعلق برقبته برضاه وقد أتلفه بالإعتاق **(وتكون رهناً عنده إلى أن يقبض دينه فيردها إلى المعير)** لأن استرداد القيمة كاسترداد العين **(ولو استعار عبداً أو دابة ليرهنه فاستخدم العبد أو ركب الدابة قبل أن يرهنهما ثم رهنهما بمال مثل قيمتهما ثم قضى المال فلم يقبضهما حتى هلكا عند المرتهن فلا ضمان على الراهن)** لأنه قد برىء من الضمان حين رهنهما. فإن كان أميناً خالف ثم عاد إلى الوفاق **(وكذا إذا افتك الرهن ثم ركب الدابة أو استخدم العبد فلم يعطب ثم عطب بعد ذلك من غير صنعه لا يضمن)** لأنه بعد الفكاك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير لانتهاء حكم الاستعارة بالفكاك وقد عاد إلى الوفاق فيبرأ عن الضمان، وهذا بخلاف المستعير لأن يده يد نفسه فلا بد من الوصول إلى يد المالك، أما المستعير في الرهن فيحصل مقصود الآمر وهو الرجوع عليه عند الهلاك وتحقق الاستيفاء. قال: **(وجناية الراهن**

بأكثر منه من قيمة الثوب، لأنه ذكر في الإيضاح وفتاوى قاضيخان: فإن عجز الراهن عن الافتكاك فافتكه المالك يرجع بقدر ما يهلك الدين به ولا يرجع بأكثر من ذلك. بيانه إذا كانت قيمة الرهن ألفاً فرهنه بألفين فافتكه المالك بألفين رجع بقدر ما يهلك الدين به وهو الألف ولا يرجع بأكثر من ألف. لأنه لو هلك الرهن لم يضمن الراهن للمعير أكثر من ذلك، فكذلك إذا أفتكه كان متبرعاً بالزيادة انتهى. واقتفى أثره صاحب الكفاية ومعراج الدراية. وقال صاحب النهاية بعد نقل ما في النهاية بعبارة نفسه: وليس بوارد على المصنف لأنه وضع المسألة فيما إذا كانت القيمة مثل الدين انتهى. أقول: فيه نظر، لأن قول المصنف ولهذا يرجع على الراهن بما أدى من مقدمات دليل هذه المسألة لا نفس هذه المسألة. ولا يخفى أن مقدمات الدليل لا يجب أن توافق المدعي في الخصوص والعموم ولا في التقييد والإطلاق، ألا يرى أن كلية الكبرى شرط أشهر الأقيسة وأقواها، وإن كان المدعي جزئياً فمن أين يلزم من تقييد وضع المسألة تقييد مقدمات دليلها أيضا حتى يستغني عن تقييد هاتيك المقدمة بما ذكره صاحب النهاية وغيره. ثم إن الزيلعي قال في التبيين: وذكر في النهاية أنه إذا أفتكه بأكثر من قيمته بأن كان الدين المرهون به أكثر لا يرجع بالزائد على قيمته، وهذا مشكل لأن تخليص الرهن لا يحصل بإيفاء بعض الدين فكان مضطراً، وباعتبار الاضطرار ثبت له حق الرجوع فكيف يمنع الرجوع مع بقاء الاضطرار، وهذا لأن غرضه تخليصه لينتفع به ولا يحصل ذلك إلا بأداء الدين كله، إذ للمرتهن أن يحبسه حتى يستوفي الكل على ما عرف في موضعة انتهى. أقول: في كلامه هذا نوع غرابة، لأن صاحب النهاية قد ذكر حاصل استشكاله بطريق السؤال وأجاب عنه حيث قال: فإن قيل: هو لا يتوصل إلى تحصيل ملكه إلا بإيفاء جميع الدين فلم يكن متبرعاً، قلنا: الضمان إنما وجب على المستعير باعتبار إيفاء الدين من ملكه فكان الرجوع إليه بقدر ما يتحقق به الإيفاء انتهى. وقد تبعه في ذكر هذا السؤال

كان يسقط حقه في الدين فإن إبقاءه رهناً وجعله بالدين لا يثبت له ملك العين، وربما يكون له غرض في ملك العين فيحصل له اعتبار الجناية، وإن لم يكن له غرض في ذلك يترك طلب الجناية ويستبقيه رهناً كما كان. وقوله: **(ودفعاه)** فيه تسامح، لأن المرتهن لا يدفع العبد إلى نفسه، ومخلصه المشاكلة فإنه وإن كان قابلاً ذكره بلفظ الدافع لوقوعه في صحبته أو التغليب سماه دافعاً وثناه **(وله أن هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان التطهير عليه لأنها حصلت في ضمانه)** لكونه مخاطباً بالدفع أو الفداء كالراهن، فكان حكم الدفع أو الفداء له وعليه في حق شيء واحد بسبب واحد، ولا فائدة في ذلك. وقوله: **(وإن كانت القيمة أكثر من الدين)** بأن كان العين والدين ألفاً وأتلف متاع المرتهن فقال للراهن إما أن تقضي نصف دينه أو يباع عليك العبد، فإن امتنع عن القضاء بين العبد ويستوفي المرتهن من ثمنه تمام قيمة المتاع، فإن بقي شيء من الثمن أخذ الراهن نصفه والمرتهن نصفه، لأنه بدل عبد نصفه أمانة ونصفه مضمون، وبدل الأمانة للراهن وبدل المضمون للمرتهن، وإن قضى النصف زال الدين وبقي العبد رهناً بحاله، وهذا وجه ظاهر الرواية، ووجه غيره ما ذكره في الكتاب وهو واضح. وقوله: **(وهذا)** أي

قوله: **(فكيف يصح التشبيه)** أقول: يجوز أن يكون جهة التشبيه كون القول للمنكر، ثم رأيت في الكفاية: إلا أن يقال التشبيه في الإنكار من غير نظر إلى كون المنكر معيراً أو مستعيراً.

على الرهن مضمونة) لأنه تفويت حق لازم محترم، وتعلق مثله بالمال يجعل المالك كالأجنبي في حق الضمان كتعلق حق الورثة بمال المريض مرض الموت يمنع نفاذ تبرعه فيما وراء الثلث، والعبد الموصي بخدمته إذا أتلفه الورثة ضمنوا قيمته ليشتري بها عبد يقوم مقامه. قال: **(وجناية المرتهن عليه تسقط من دينه بقدرها)** ومعناه أن يكون الضمان على صفة الدين، وهذا لأن العين ملك المالك وقد تعدى عليه المرتهن فيضمنه لمالكه. قال: **(وجناية الرهن على الراهن والمرتهن وعلى مالهما هدر)** وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: جناية المملوك على المالك؛ ألا ترى أنه لو مات كان الكفن عليه، بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه لأن الملك عند أداء الضمان يثبت للغاصب مستنداً حتى يكون الكفن عليه، فكانت جناية على غير المالك فاعتبرت.

والجواب صاحبا الكفاية ومعراج الدراية، فإن كان الجواب المذكور مرضياً عند الزيلعي أيضاً فلا معنى لاستشكاله كلام صاحب النهاية بعد أن رأى السؤال والجواب مسطورين في النهاية على الاتصال بما استشكله. وإن لم يكن الجواب المذكور مرضياً عنده كان عليه أن يبين محل فساده، ولا ينبغي أن يعدّ السؤال المذكور فيها إشكالاً من عند نفسه قوله: **(وإن شاء ضمن المعير قيمته لأن الحق قد تعلق برقبته برضاه وقد أتلفه بالإعتاق)** أقول: كان الحق في التعليل أن يقال: لأن الحق تعلق بماليته وقد أتلفها بالإعتاق، إذ لا شك أن المراد بالحق المذكور في التعليل إنما هو حق المرتهن. وحقه متعلق بمالية الرهن دون رقبته كما مر غير مرة قوله: **(أما الوفاقية فلأنها جناية المملوك على المالك)** قال: صاحب النهاية في شرح هذا المحل: أي أما وجه المسألة التي اتفقوا في حكمها وهي أن جناية الرهن على الراهن هدر فلأنها جناية المملوك على المالك، واقتفى أثره صاحب العناية. أقول: لا وجه عندي لإقحام لفظ الوجه في تفسير مراد المصنف بقوله المذكور. إذ يصير المعنى حينئذٍ أما وجه المسألة الوفاقية: أي علتها فلهذه العلة المذكورة في الكتاب لأن المصنف قد أدخل اللام على الخبر كما ترى فيؤول المعنى إلى أن علة هذه المسألة لهذه العلة فيلزم أن يكون المذكور في الكتاب علة العلة لا علة نفس المسألة وهو فاسد قطعاً. قوله: **(ثم إن شاء الراهن**

ما ذكرنا من كون الجناية على الراهن والمرتهن هدراً **(بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن أو ابن المرتهن)** لأن الأملاك بين الأب والابن حقيقة متباينة فصار كالجناية على الأجنبي. قال: **(ومن رهن عبداً يساوي ألفاً بألف)** نقصان القيمة بتراجع السعر بعد ما قبض الرهن ليس بمعتبر فلا يوجب سقوط الدين، ولهذا لو نقص به وهو باق على حاله فالراهن يطالب بجميع الدين عند رد المرتهن الرهن إلى الراهن. وقوله: **(حتى لا يزاد على دية الحرّ)** نتيجة قوله كان مقابلاً بالدم. وقوله: **(لأن المولى استحقه)** دليل قوله لأنه بدل المالية في حق المستحق. وقوله: **(أو نقول)** دليل آخر: أي لا يمكن أن يجعل المرتهن متسوفياً لألف الدين بالمائة التي غرمها الحرّ بقتل الرهن وجعلت رهناً مكانه لأنه يؤدي إلى الربا فيصير متسوفياً المائة وبقي تسعمائة في العين، وإذا هلك يصير مستوفياً تسعمائة بالهلاك والباقي ظاهر. واعلم أن صور المسائل ها هنا ثلاث: تراجع قيمة الرهن من ألف إلى مائة مع قيام عينه بحاله. وقتل حرّ العبد الذي قيمته مائة بعد التراجع، وضمان قيمته مائة. وقتل عبد العبد المرهون ودفعه به. وأقوال العلماء فيها أيضاً ثلاثة. أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله فحكم الصورة الأولى والثالثة واحد، وهو أن الراهن يفتكها بجميع الدين بلا خيار، وقول محمد رحمه الله في الأولى كقولهما وفي الثالثة أن الراهن بالخيار بين أن يأخذ الرهن بجميع الدين كالأولى وبين أن يسلمه إلى المرتهن بماله كالثانية على ما نذكره. وقول زفر رحمه الله إن حكم الصورة الأولى والثالثة واحد في أن الراهن يفتكها بالمائة ويسقط عنه التسعمائة قياساً على الصورة الثانية، فإن حكمها أن التسعمائة ساقطة عن الراهن بالاتفاق وللمرتهن تلك المائة التي ضمنها الحرّ عند حلول الأجل، ووجوه هذه الأقوال مذكورة في الكتاب. وقوله: **(لحماً ودماً)** يعني صورة ومعنى. أما صورة فظاهر. وأما معنى فلأن القاتل كالمقتول في الآدمية والشرع اعتبره جزءاً من حيث الآدمية دون المالية؛ ألا ترى إلى استوائهما في حق القصاص فكذا في حق الدفع أيضاً. وقوله: **(لما ذكرنا)** إشارة إلى قوله ولنا أن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس الخ. وقوله: **(كالمبيع إذا قتل قبل القبض والمغصوب في يد الغاصب)** يعني إذا قتلهما عبد ودفع مكانهما فإن المشتري يتخير بين أن يأخذه بكل الثمن وبين أن يفسخ

ولهما في الخلافية أن الجناية حصلت على غير مالكه. وفي الاعتبار فائدة وهو دفع العبد إليه بالجناية فتعتبر، ثم إن شاء الراهن والمرتهن أبطلا الرهن ودفعاه بالجناية إلى المرتهن، وإن قال المرتهن لا أطلب الجناية فهو رهن على حاله. وله أن هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير من الجناية لأنها حصلت في ضمانه فلا يفيد وجوب الضمان له مع وجوب التخليص عليه، وجنايته على مال المرتهن لا تعتبر بالاتفاق إذا كانت قيمته والدين سواء. لأنه لا فائدة في اعتبارها لأنه لا يتملك العبد وهو الفائدة، وإن كانت القيمة أكثر من الدين؛ فعن أبي حنيفة أنه يعتبر بقدر الأمانة لأن الفضل ليس في ضمانه فأشبه جناية العبد الوديعة على المستودع. وعنه أنها لا تعتبر لأن حكم الرهن وهو الحبس فيه ثابت فصار كالمضمون، وهذا بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن أو ابن المرتهن، لأن الأملاك حقيقة متباينة فصار كالجناية على الأجنبي. قال: **(ومن رهن عبداً يساوي ألفاً بألف إلى أجل فنقص في السعر فرجعت قيمته إلى مائة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الأجل فإن المرتهن يقبض المائة قضاء عن حقه ولا يرجع على الراهن بشيء)** وأصله أن النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا خلافاً لزفر. وهو يقول: إن المالية قد انتقصت فأشبه انتقاص العين. ولنا أن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس. وذلك لا يعتبر في البيع حتى لا يثبت به الخيار. ولا في الغصب حتى لا يجب الضمان، بخلاف نقصان العين لأن بفوات

والمرتهن أبطلا الرهن ودفعاه بالجناية إلى المرتهن) قال صاحب العناية: قوله ودفعاه فيه تسامح. لأن المرتهن لا يدفع العبد إلى نفسه ومخلصه المشاكلة، فإنه وإن كان قابلاً ذكره بلفظ الدافع لوقوعه في صحبته أو التغليب سماه دافعاً وثناه انتهى. أقول: لا صحة لتوجيه المشاكلة هاهنا لأن المشاكلة ذكر الشيء بلفظ غيره لوقوعه في صحبته وهذا لا يتصور إلا إذا تكرّر ذكر لفظ وأريد به في المرة الأولى أصل معناه وفي الأخرى غير ذلك كما في قوله تعالى حكاية ﴿تعلم ما في نفسي ولا أعلم ما في نفسك﴾ المائدة (١٦) وفيما نحن فيه لم يتكرّر ذكر لفظ بل وقع مرة واحدة بصيغة التثنية فسبيله التغليب لا غير كما لا يخفى قوله: **(ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتله عبد يساوي مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف)** قال صاحب غاية البيان: وهذا تكرار لا محالة، لأن وضع المسألة في الفصل الثالث فيما إذا تراجع سعر الرهن إلى مائة فقتله عبد قيمته مائة فدفع به وقد ذكر الخلاف فيه فلا حاجة إلى أن يقول بعد ذلك فيه بعينه فهو على هذا الخلاف انتهى. وقال صاحب العناية: قيل في بعض الشروح: وهذا تكرار لا محالة لأن وضع المسألة في الفصل الثالث: يعني ما عبرنا عنه ها هنا بالصورة الثالثة فيما إذا تراجع سعر الرهن إلى مائة فقتله عبد قيمته مائة فدفع به وقد ذكر الخلاف، فلا حاجة إلى أن يقول بعد ذلك فيه بعينه فهو على هذا الخلاف، وكذلك صاحب النهاية جعل الصورة الثالثة فيما إذا تراجع السعر لكنه لم يتعرض لوقوع التكرار وهو لازم أيضاً عليه. ، وذلك سوء ظن بمثل صاحب الهداية الذي حاز قصبات السبق في مضمار التحقيق، وإنما

البيع لتغير المبيع وفي الغصب يتخير المغصوب منه بين أن يأخذ المدفوع مكانه وبين أن يطالب الغاصب بقيمة المقتول. وقوله: **(وأنه منسوخ)** يعني بقوله عليه الصلاة والسلام «لا يغلق الرهن ثلاثاً» وقوله: **(ولو كان العبد تراجع سرعه إلى قوله فهو على هذا الخلاف)** قيل في بعض الشروح: هذا تكرار لا محالة، لأن وضع المسألة في الفصل الثالث: يعني ما عبرنا عنه ها هنا بالصورة الثالثة فيما إذا تراجع سعر الرهن إلى مائة فقتله عبد قيمته مائة فدفع به وقد ذكر الخلاف فيه فلا حاجة إلى أن

قوله: **(وربما يكون له غرض في ملك العين فيحصل له)** أقول: يعني يحصل الغرض قوله: **(ومخلصه المشاكلة الخ)** أقول: فيه بحث يظهر على من علم ما المشاكلة قوله: **(إما أن يقضي نصف دينه)** أقول: بقدر الأمانة قوله: **(وهذا وجه ظاهر الرواية)** أقول: ولكن كلمة عن تأبى عن كونه الرواية الظاهرة قال المصنف: **(وأصله أن النقصان من حيث السعر)** أقول: أي أصل جنس هذه المسألة لا أصل هذه المسألة فإنه ليس فيه خلاف زفر. ولك أن تقول: الاتفاق في جواب المسألة لا ينافي الاختلاف في التخريج قال المصنف: **(لأنه بدل المالية)** أقول: أي القيمة، وإنما ذكر الضمير بتأويل الموجب أو باعتبار الخبر قوله: **(وقوله أو نقول: لا يمكن أن يجعل مستوفياً دليل آخر)** أقول: فيه بحث قوله: **(فإذا هلك يصير مستوفياً)** أقول الفاء للتعقيب الذكرى وإلا فالهلاك مقدم قال المصنف: **(وإن قتله عبد قيمته مائة)** أقول: أي قتل العبد الذي قيمته ألف ولم يتراجع سعره لئلا يلزم التكرار.

جزء منه يتقرّر الاستيفاء فيه، إذ اليد يد الاستيفاء، وإذا لم يسقط شيء من الدين بنقصان السعر بقي مرهوناً بكل الدين، فإذا قتله حرّ غرم قيمته مائة لأنه تعتبر قيمته يوم الإتلاف في ضمان الإتلاف، لأن الجابر بقدر الفائت وأخذه المرتهن لأنه بدل المالية في حق المستحق وإن كان مقابلاً بالدم على أصلنا حتى لا يزاد على دية الحرّ، لأن المولى استحقه بسبب المالية وحق المرتهن متعلق بالمالية فكذا فيما قام مقامه، ثم لا يرجع على الراهن بشيء لأن يد الرهن يد الاستيفاء من الابتداء وبالهلاك يتقرّر، وقيمته كانت في الابتداء ألفاً فيصير مستوفياً للكل من الابتداء. أو نقول: لا يمكن أن يجعل مستوفياً الألف بمائة لأنه يؤدي إلى الربا فيصير مستوفياً المائة وبقي تسعمائة في العين، فإذا هلك يصير مستوفياً تسعمائة بالهلاك، بخلاف ما إذا مات من غير قتل أحد لأنه يصير مستوفياً الكل بالعبد لأنه لا يؤدي إلى الربا. قال: **(وإن كان أمره الراهن أن يبيعه فباعه بمائة وقبض المائة قضاء من حقه فيرجع بتسعمائة)** لأنه لما باعه بإذن الراهن صار كأن الراهن استرده وباعه بنفسه، ولو كان كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين إلا بقدر ما استوفى وكذا هذا. قال: **(وإن قتله عبد قيمته مائة فدفع مكانه افتكه بجميع الدين)** وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: هو بالخيار إن شاء افتكه بجميع الدين، وإن شاء سلم العبد المدفوع إلى المرتهن بماله. وقال زفر: يصير رهناً بمائة. له أن يد الرهن يد استيفاء وقد تقرّر الهلاك، إلا أنه أخلف بدلاً بقدر العشر. فيبقى الدين بقدره. ولأصحابنا على زفر أن العبد الثاني قائم مقام الأوّل لحماً ودماً، ولو كان الأوّل قائماً وانتقص السعر لا يسقط شيء من الدين عندنا لما ذكرنا، فكذلك إذا قام المدفوع مكانه. ولمحمد في الخيار أن المرهون تغير في ضمان المرتهن فيخير الراهن كالمبيع إذا قتل قبل القبض والمغصوب إذا قتل في يد الغاصب يخير المشتري والمغصوب منه كذا هذا. ولهما أن التغير لم يظهر في نفس العبد لقيام الثاني مقام الأول لحماً ودما كما ذكرناه مع زفر. وعين الرهن أمانة عندنا فلا يجوز تمليكه منه بغير رضاه، ولأن جعل الرهن بالدين حكم جاهلي وأنه منسوخ، بخلاف البيع لأن

الصورة الثالثة في غير تراجع السعر كما ذكرنا وهذه المسألة في صورة التراجع ولا تكرار ثمة. إلى هنا لفظ العناية، أقول: ما مر في بيان صور المسائل الثلاث إنما هو عبارة البداية المأخوذة من الجامع الصغير. والإنصاف أنها لا تساعد جعل الصورة الثالثة في غير تراجع السعر كما فعله صاحب العناية وصاحب الكفاية، وإنما تساعد جعلها في تراجع السعر أيضاً كما فعله صاحب النهاية وصاحب معراج الدراية وصاحب الغاية، أو جعلها فيما هو أعم من تراجع السعر ومن عدم تراجعه فإن نص عبارة البداية على وفق ما في الجامع الصغير هكذا ومن رهن عبداً يساوي ألفاً بألف إلى أجل فنقص في السعر ورجعت قيمته إلى مائة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الأجل فإن المرتهن يقبض المائة قضاء من حقه ولا يرجع على الراهن بشيء، وإن كان أمره الراهن ببيعه فباعه بمائة قبض المائة قضاء من حقه ورجع بتسعمائة، فإن قتله عبد قيمته مائة فدفع إليه مكانه افتكه بجميع الدين، وقال محمد رحمه الله: هو بالخيار إن شاء افتكه بجميع الدين وإن شاء سلم العبد المدفوع إلى المرتهن انتهى. ولا يخفى عليك أن قوله فإن قتله عبد الخ عطف على قوله ثم قتله رجل وأن الظاهر المتبادر أن ضمير قتله في المعطوف راجع إلى ما رجع إليه ضمير قتله في المعطوف عليه، ولا شك أن الضمير في المعطوق عليه راجع إلى العبد المرهون الذي نقص في

يقول بعد ذلك فيه بعينه فهو على هذا الخلاف، وكذلك صاحب النهاية جعل الصورة الثالثة فيما إذا تراجع السعر لكنه لم يتعرض لوقوع التكرار وهو لازم عليه أيضاً، وفي ذلك سوء ظن بمثل صاحب الهداية الذي حاز قصبات السبق في مضمار التحقيق. وإنما الصورة الثالثة في غير تراجع السعر كما ذكرنا، وهذه المسألة في صورة التراجع ولا تكرار ثمة **(وإذا قتل العبد الرهن قتيلاً خطأ فضمان الجناية على المرتهن)** يعني إذا كانت القيمة والدين سواء، أما إذا كانت القيمة أكثر فسيأتي، وإنما كانت الجناية عليه لأن العبد في ضمانه. وقوله: **(لأن العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن)** يعني وإذا كان على

قوله: **(قيل في بعض الشروح)** أقول: القائل هو الإتقاني قوله وكذلك صاحب النهاية جعل الصورة الثالثة فيما إذا لم يتراجع السعر أقول: وكذلك جعل الكاكي في معراج الدراية. وأما صاحب الكفاية فإنه مشى على طريق الشيخ الشارح.

الخيار فيه حكمه الفسخ وهو مشروع، وبخلاف الغصب لأن تملكه بأداء الضمان مشروع، ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتله عبد يساوي مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف **(وإذا قتل العبد الرهن قتيلاً خطأ فضمان الجناية على المرتهن وليس له أن يدفع)** لأنه لا يملك التمليك **(ولو فدى طهر المحل فبقي الدين على حاله ولا يرجع على الراهن بشيء من الفداء)** لأن الجناية حصلت في ضمانه فكان عليه إصلاحها **(ولو أبى المرتهن أن يفدي قيل للراهن ادفع العبد أو افده بالدية)** لأن الملك في الرقبة قائم له وإنما إلى المرتهن الفداء لقيام حقه **(فإذا امتنع عن الفداء يطالب الراهن بحكم الجناية ومن حكمها للتخيير)** بين الدفع والفداء **(فإن اختار الدفع سقط الدين)** لأنه استحق لمعنى في ضمان المرتهن فصار كالهلاك **(وكذلك إن فدى)** لأن العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن وهو الفداء، بخلاف ولد الرهن إذا قتل إنساناً أو استهلك مالاً حيث يخاطب الراهن بالدفع أو الفداء في الابتداء لأنه غير مضمون على المرتهن، فإن دفع خرج من الرهن ولم يسقط شيء من الدين كما لو هلك في الابتداء. وإن فدى فهو رهن مع أمه على حالهما **(ولو استهلك العبد المرهون مالاً يستغرق رقبته، فإن أدى المرتهن الدين الذي لزم العبد فدينه على حاله كما في الفداء، وإن أبى قيل للراهن بعه في الدين إلا أن يختار أن يؤدي عنه، فإن أدى بطل دين المرتهن)** كما ذكرنا في الفداء **(وإن لم يؤد وبيع العبد فيه يأخذ صاحب دين العبد دينه)** لأن دين

السعر، فكذا الضمير الذي في المعطوف كما ذهب إليه أصحاب النهاية ومعراج الدراية وغاية البيان. وإن أخرج الضمير في المعطوف عما هو الظاهر المتبادر من رجوعه إلى ما رجع إليه ضمير المعطوف عليه فلا أقل من إرجاعه إلى مطلق العبد المرهون المذكور في ضمن العبد المرهون المقيد بنقصان سعره في المعطوف عليه وعلى كلا التقديرين لا يخلو ما ذكره المصنف ها هنا بقوله ولو كان تراجع سعره الخ عن شائبة التكرار، وأما إرجاع الضمير في المعطوف إلى العبد المرهون المقيد بعدم تراجع السعر فمما لا تساعده العبارة المذكورة قطعاً على مقتضى العربية فلا وجه للمصير إليه تبصر ترشد قوله: **(لأن دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولي الجناية لتقدمه على حق المولى)** قال صاحب النهاية: قوله وحق وليّ الجناية بالجر: أي دين العبد مقدم على دين المرتهن ومقدم على حق ولي الجناية أيضا، حتى أنه لو جنى وعليه دين يدفع إلى ولّي الجناية ثم يباع للغرماء على ما يأتي في جناية

المرتهن وقد أداه الراهن وجب له على المرتهن مثل ما أدى إلى وليّ الجناية وللمرتهن على الراهن دين فالتقيا قصاصاً فيسلم الرهن للراهن ولا يكون متبرعاً في أداء الفداء لأنه يسعى في تخليص ملكه كمعير الرهن. وقوله: **(وحق وليّ الجناية)** بالجرّ معطوف على دين المرتهن: يعني أن دين العبد مقدم على دين المرتهن وعلى حق وليّ الجناية أيضاً، حتى لو جنى العبد المديون دفع إلى وليّ الجناية ثم يباع للغرماء على ما يأتي في الديات. وقوله: **(لتقدمه على حق المولى)** أي لتقدم دين العبد

قال المصنف: **(لأن دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولي الجناية الخ)** أقول: قال الإتقاني: قوله وحق ولي الجناية بالنصب أو بالرفع عطفاً على لفظ دين العبد أو محله، معناه: أن دين العبد مقدم على دين المرتهن، وكذا حق ولي الجناية أيضاً مقدم على حق المرتهن، لأن كل واحد منهما مقدم على حق المولى، فلأن يقدم على حق المرتهن أولى، لأن حق المالك أقوى ويدل على هذا التقرير تصريح القدوري بذلك في شرحه، وقد مر آنفاً تحقيقه أن المصنف ذكر دين العبد ثانياً وتقدمه على حقه المرتهن عند قوله ولو استهلك العبد المرهون مالاً، وهذا كله يدل على أن مراد المصنف ما ذكرنا. وقال بعضهم في شرحه: قوله وحق ولي بالجر: أي دين العبد مقدم على دين المرتهن، ومقدم أيضاً على حق ولي الجناية، حتى لو جنى وعليه دين يدفع إلى ولي الجناية ثم يباع للغرماء. فأقول: هذا في غاية الضعف، لأن المسألة التي استشهد بها تدفع كلامه لأنه قال ودين العبد مقدم على حق ولي الجناية. وفي المسألة قدم حق ولي الجناية ثم رتب عليه حق الغرماء وأنه مناقضة لا محالة انتهى. ونحن نقول: فيه بحث فإنه تأخير صورة لكنه تقديم معنى حيث لم يبق في يد ولي الجناية شيء كما لا يخفى قوله: **(وقوله وحق ولي الجناية بالجر معطوف على دين المرتهن)** أقول: ولعل النصب أولى عطفاً على دين العبد: أي حق ولي الجناية مقدم على دين المرتهن. وإنما قلنا ذلك أولى لعدم ظهور دلالة قوله لتقدمه على حق المولى قال المصنف: **(لتقدمه على حق المولى)** أقول: في دلالته على التقدم على حق ولي الجناية بحث، فإنه كما يقال للمولى في الاستهلاك بع أو افد المال، كذلك يقال في الجناية ادفع أو افد قوله: **(فإن المرتهن يقوم مقام المولى في المالية)** أقول: وكذلك صاحب دين العبد قائم

العبد مقدم على دين المرتهن وحق وليّ الجناية لتقدمه على حق المولى. **(فإن فضل شيء ودين غريم العبد مثل دين المرتهن أو أكثر فالفضل للراهن وبطل دين المرتهن)** لأن الرقبة استحقت لمعنى هو في ضمان المرتهن فأشبه الهلاك **(وإن كان دين العبد أقل سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد وما فضل من دين العبد يبقى رهناً كما كان، ثم إن كان دين المرتهن قد حلّ أخذه به)** لأنه من جنس حقه **(وإن كان لم يحل أمسكه حتى يحل، وإن كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم أخذ الثمن ولم يرجع بما بقي على أحد حتى يعتق العبد)** لأن الحق في دين الاستهلاك يتعلق برقبته وقد استوفيت فيتأخر إلى ما بعد العتق **(ثم إذا أدّى بعده لا يرجع على أحد)** لأنه وجب عليه بفعله **(وإن كانت قيمة العبد ألفين وهو رهن بألف وقد جنى العبد يقال لهما افدياه)** لأن النصف منه مضمون والنصف أمانة، والفداء في المضمون على المرتهن، وفي الأمانة على الراهن، فإن أجمعا على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن، والدفع لا يجوز في الحقيقة من المرتهن لما بينا وإنما منه الرضا به **(فإن تشاحا فالقول لمن قال أنا أفدي راهناً كان أو مرتهناً)** أما المرتهن فلأنه ليس في الفداء إبطال حق الراهن، وفي الدفع الذي يختاره الراهن إبطال المرتهن، وكذا في جناية الرهن إذا قال المرتهن أنا أفدي له ذلك وإن كان المالك يختار الدفع، لأنه إن لم يكن مضموناً فهو محبوس بديه. وله في الفداء غرض صحيح، ولا ضرر على الراهن فكان له أن يفدي، وأما الراهن فلأنه ليس للمرتهن ولاية الدفع لما بينا فكيف يختاره **(ويكون المرتهن في الفداء متطوّعاً في حصة الأمانة حتى لا يرجع على الراهن)** لأنه يمكنه أن لا يختاره فيخاطب الراهن، فلما التزمه والحالة هذه كان متبرعاً، وهذا على ما روي عن أبي حنيفة رحمه

المملوك في الديات، وقوله لتقدمه على حق المولى: أي لتقدم حق العبد على حق المولى، فإذا كان مقدماً على حق المولى يكون مقدماً على حق من يقوم مقامه وهو المرتهن وولي الجناية، لأن المرتهن يقوم مقام المولى في المالية، وولي الجناية يقوم مقام المولى في ملك العين، إلى هنا كلامه. واقتفى أثره في هذا البيان جماعة من الشراح منهم صاحب العناية، وقال صاحب الغاية: قوله وحق ولي الجناية بالنصف أو بالرفع عطفاً على لفظ دين العبد أو محله، معناه أن دين العبد مقدم على دين المرتهن، وكذا حق ولي الجناية أيضا مقدم على دين المرتهن لأن كل واحد منهما مقدم على حق المولى، فلأن يقدم على حق المرتهن أولى، لأن حق المالك أقوى، ويدل على هذا التقرير تصريح القدوري بذلك في شرحه، وقد مر آنفا تحقيقه أن المصنف ذكر جناية العبد المرهون أولاً، وتقدمه على حق المرتهن عند قوله وإذا قتل العبد الرهن قتيلاً خطأً فضمان الجناية على المرتهن. ثم ذكر دين العبد ثانياً وتقدمه على حق المرتهن عند قوله ولو استهلك العبد المرهون مالاً، وهذا كله يدل على أن مراد المصنف ما ذكرنا، وقال بعضهم في شرحه قوله وحق ولي بالجر: أي دين العبد مقدم على دين المرتهن، ومقدم أيضا على حق ولي الجناية، حتى لو جنى وعليه دين يدفع إلى ولي الجناية ثم يباع للغرماء، فأقول: هذا في غاية الضعف، لأن المسألة التي استشهد بها تدفع كلامه لأنه قال: دين العبد مقدم على حق ولي الجناية، وفي المسألة قدم حق ولي الجناية ثم رتب عليه حق الغرماء وأنه مناقضة لا محالة، إلى هنا لفظ الغاية، أقول: لا تدافع بين كلام هؤلاء الشراح وبين المسألة التي استشهدوا بها، إذ لا يشتبه على الفطن تحقق تقديم حق الغرماء حقيقة على حق ولي الجناية في تلك المسألة، فإنه وإن دفع العبد الجاني أوّلاً إلى ولي الجناية إلا أنه لم يبق في يده بل بيع ودفع ثمنه إلى الغرماء، وقد

على حق المولى، وإذا كان مقدماً على حق المولى كان مقدما على حق من يقوم مقامه وهو المرتهن وولي الجناية، فإن المرتهن يقوم مقام المولى في المالية ووليّ الجناية في ملك العين. وقوله: **(لما بينا)** إشارة إلى قوله لأنه لا يملك التمليك.

مقامه في المالية حيث يباع ويعطى ثمنه له فلا يظهر بذلك التقدم خصوصا على حق ولي الجناية بل عكسه اظهر لان المولى مخاطب فيه بدفع عين العبد، وعليك بإمعان النظر قال المصنف: **(فإن أجمعا على الدفع دفعا)** أقول: فليزم الجمع بين الحقيقة والمجاز في قوله دفعا، ولا يقال المراد رضيا بالدفع بطريق عموم المجاز لأنه لا يكون مسبباً عن الإجماع على الدفع والمخلص التغليب قال المصنف: **(وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله)** أقول: قال الإمام الزيلعي وعن زفر عن أبي حنيفة رحمه الله على عكسه أن الراهن إذا كان حاضراً فالمرتهن لا يكون متطوعاً في الفداء وإن كان غائباً كان متطوعاً فيه. ووجهه أن المجنى عليه لا يخاطب المرتهن حال غيبة الراهن لأنه

الله أنه لا يرجع مع الحضور، وسنبين القولين إن شاء الله تعالى **(ولو أبى المرتهن أن يفدي وفداه الراهن فإنه يحتسب على المرتهن نصف الفداء من دينه)** لأن سقوط الدين أمر لازم فدى أو دفع فلم يجعل الراهن في الفداء متطوّعاً، ثم ينظر إن كان نصف الفداء مثل الدين أو أكثر بطل الدين، وإن كان أقل سقط من الدين بقدر نصف الفداء وكان العبد رهناً بما بقي لأن الفداء في نصف كان عليه، فإذا أداه الراهن وهو ليس بمتطوّع كان له الرجوع عليه فيصير قصاصاً بدينه كأنه أوفى نصفه فيبقى العبد رهناً بما بقي **(ولو كان المرتهن فدى والراهن حاضر فهو متطوّع، وإن كان غائباً لم يكن متطوّعاً)** وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله. وقال أبو يوسف ومحمد والحسن وزفر رحمهم الله: المرتهن متطوّع في الوجهين، لأنه فدى ملك غيره بغير أمره فأشبه الأجنبي. وله أنه إذا كان الراهن حاضراً أمكنه مخاطبته، فإذا فداه المرتهن فقد تبرّع كالأجنبي، فأما إذا كان الراهن غائباً تعذر مخاطبته والمرتهن يحتاج إلى إصلاح المضمون ولا يمكنه ذلك إلا بإصلاح الأمانة فلا يكون متبرعاً. قال: **(وإذا مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين)** لأن الوصي قائم مقامه، ولو تولى الموصي حياً بنفسه كان له ولاية البيع بإذن المرتهن فكذا لوصيه **(وإن لم يكن له وصي نصب القاضي له وصياً وأمره ببيعه)** لأن القاضي نصب ناظراً لحقوق المسلمين إذا عجزوا عن النظر لأنفسهم والنظر في نصب الوصي ليؤدي ما عليه لغيره ويستوفي ماله من غيره **(وإن كان على الميت دين فرهن الوصي بعض التركة عند غريم من غرمائه لم يجز وللآخرين أن يردوه)** لأنه آثر بعض الغرماء بالإيفاء الحكمي فأشبه الإيثار بالإيفاء الحقيقي **(فإن قضى دينهم قبل أن يردوه جاز)** لزوال المانع بوصول حقهم إليهم **(ولو لم يكن للميت غريم آخر جاز الرهن)** اعتباراً بالإيفاء الحقيقي **(وبيع في دينه)** لأنه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده **(وإذا ارتهن الوصي بدين للميت على رجل جاز)** لأنه استيفاء وهو يملكه. قال رضي الله عنه: وفي رهن الوصي تفصيلات نذكرها في كتاب الوصايا إن شاء الله تعالى.

نبه عليه صاحب الكفاية حيث قال: لأنه وإن دفع إلى ولي الجناية أولا، لكن إذا بيع لم يبق للدفع أثر فعلم أن الدين كان مقدماً حقيقة انتهى قوله: **(فإن فضل شيء الخ)** أقول: فيه شيء، وهو أن الظاهر من أسلوب تحري الكتاب أن يكون قوله فإن فضل شيء الخ من متفرعات المسألة السابقة وهي قوله ولو استهلك العبد المرهون مالاً يستغرق رقبته. ولا يذهب على ذي مسكة أن المال المستهلك إذا استغرق رقبة العبد لا يتصور أن يفضل على دين الغريم شيء من ثمن العبد الذي بيع فيلزم أن لا ينتظم المعنى، اللهم إلا أن يكون قوله فإن فضل شيء الخ مسألة مباينة للمسألة الأولى مقابلة لها لا متفرعة عليها، ويكون الفاء في قوله فإن فضل لمجرد الترتيب الذكري كما تستعمل الفاء في هذا المعنى أيضاً على ما عرف في علم الأدب تأمل.

وقوله: **(فإن تشاحا)** بأن اختار الراهن الفداء والمرتهن الدفع أو بالعكس فالمعتبر هو الفداء، وذكر جانب المرتهن إذا اختار الفداء والمرتهن الدفع أو بالعكس فالمعتبر هو الفداء، وذكر جانب المرتهن إذا اختار الفداء، ثم ذكر جانب الراهن إذا اختار ذلك بعد ذكره جناية ولد الرهن. وقوله: **(لأن سقوط الدين أمر لازم فدى أو دفع)** يعني أن الراهن إذا خوطب فلا بدّ له من أحدهما، وأيهما كان سقط الدين فلم يجعل الراهن في الفداء بقدر الدين متطوعاً. وقوله: **(وإن كان غائباً)** ذكر في الأسرار أن المراد به الغيبة المنقطعة. قوله: **(وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله)** وما بعده هو الموعود بقوله وسنبين القولين وما بعده واضح الخ.

ليس بمالك ولا يقدر على الدفع ولا يتمكن من أخذ العبد منه ما لم يحضر الراهن فلا حاجة له إلى الفداء، فإذا فداه من غير حاجة إليه كان متطوعاً، وأما في حالة حضرته فالمجنى عليه يخطابهما بالدفع والفداء فلا يتوصل المرتهن إلى استدامة يده إلا بالفداء فكان مضطراً إليه فلا يكون متطوعاً كمعير الراهن، وصاحب العلو إذا بنى السفل ثم بنى عليه علوه انتهى. ولا يخفى أن هذا الوجه يرد اعراضاً على ظاهر الرواية، ولا يخلو الخلاص عنه عن الإشكال.

فصل

قال: **(ومن رهن عصيراً بعشرة قيمته عشرة فتخمر ثم صار خلاً يساوي عشرة فهو رهن بعشرة)** لأن ما يكون محلاً للبيع يكون محلاً للرهن، إذ المحلية بالمالية فيهما، والخمر وإن لم يكن محلاً للبيع ابتداء فهو محل له بقاء، حتى أن من اشترى عصيراً فتخمر قبل القبض يبقى العقد إلا أنه يتخير في البيع لتغير وصف المبيع بمنزلة ما إذا تعيبا **(ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها فصار يساوي درهماً فهو رهن بدرهم)** لأن الرهن يتقرر

فصل

هذا الفصل بمنزلة المسائل المتفرقة المذكورة في أواخر الكتب، فلذلك أخره استداركاً لما فات فيما سبق قوله: **(لأن ما يكون محلاً للبيع يكون محلاً للرهن إذ المحلية بالمالية فيهما والخمر وإن لم يكن محلاً للبيع ابتداء فهو محل له بقاء)** أقول: لقائل أن يقول لو كان مدار مسألتنا المذكورة على هذا القدر من التعليل لما ظهر فائدة قوله ثم صار خلاً في وضع المسألة، بل كان يكفي أن يقال: ومن رهن عصيراً بعشرة فتخمر فهو رهن بعشرة لكفاية التعليل المذكور بعينه في إثبات هذا المعنى العام فتأمل. قال صاحب العناية: ولقائل أن يقول: ما يرجع إلى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء، فما بال هذا تخلف عن ذلك الأصل؟ قال: ويمكن أن يجاب عنه بأنه كذلك فيما يكون المحل باقياً، وها هنا يتبدل المحل حكماً بتبدل الوصف فلذلك تخلف عن ذلك الأصل انتهى. أقول: في الجواب بحث، إذ لقائل أن يعود ويقول: لو كان يتبدل المحل ها هنا بتبدل الوصف كما ينبغي أن يبطل العقد فيما إذا اشترى عصيراً فتخمر قبل القبض، إذ على تقدير تبدل المحل يلزم أن يكون المبيع هالكاً قبل القبض في هاتيك الصورة، وقد قالوا في المسألة الآتية: إن البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض وأن المنتقض لا يعود، مع أنه ذكر في الكتاب أن من اشترى عصيراً فتخمر قبل القبض يبقى العقد إلا أنه يتخير في البيع، فإن قيل: هذا التبدل ليس بتبدل حقيقي بل هو تبدل حكمي كما صرح به صاحب العناية، والذي يستلزم كون البيع هالكاً إنما هو التبدل الحقيقي دون

فصل

هذا الفصل كالمسائل المتفرقة التي تذكر في أواخر الكتب **(ومن رهن عصيراً قيمته عشرة بعشرة ثم صار خلاً ولم ينقص مقداره فهو رهن بعشرة)** وإن نقص سقط من الدين بقدره، ولا معتبر بنقصان القيمة لأن الفائت مجرد وصف، وبفواته في المكيل والموزون لا يسقط شيء من الدين عندهم، وإنما يتخير الراهن بين أن يفتكه ناقصاً بجميع الدين وبين أن يضمن قيمته ويجعلها رهناً عنده عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد بين أن يفتكه ناقصاً وبين أن يجعله بالدين كما في القلب إذا انكسر فقوله يساوي عشرة وقع اتفاقاً. وقوله: **(لأن ما يكون محلاً للبيع)** يعني أن الرهن كالبيع في الاحتياج إلى المحل فيعتبر محله بمحله، والخمر لا يصلح محلاً للبيع ابتداء ويصلح بقاء، حتى أن من اشترى عصيراً فتخمر قبل القبض لم يبطل عقده فكذا في الرهن. ولقائل أن يقول: ما يرجع إلى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء، فما بال هذا تخلف عن ذلك الأصل؟ ويمكن أن يجاب عنه بأنه كذلك فيما يكون المحل باقياً، وها هنا يتبدل المحل حكماً بتبدل الوصف فلذلك تخلف عن ذلك

فصل ومن رهن عصيراً

قال المصنف: **(ومن رهن عصيراً بعشرة وقيمته عشرة فتختمر ثم صار خلاً يساوي عشرة الخ)** أقول: قال الزيلعي: يشير إلى أن المعتبر فيه في الزيادة والنقصان القيمة وليس كذلك بل المعتبر فيه القدر لأن العصير والخل من المقدرات، لأنه إما مكيل أو موزون، وفيهما نقصان القيمة لا يوجب سقوط شيء من الدين كما في انكسار القلب، وإنما يوجب الخيار على ما ذكرنا لأن الغائب فيه مجرد الوصف، وفوات شيء من الوصف في المكيل والموزون لا يوجب سقوط شيء من الدين بإجماع الصحابة، فيكون الحكم فيه أن إن نقص شيء من القدر سقط بقدره من الدين، وإلا فلا انتهى. فكان الأصوب أن يقول: بدل بقوله يساو عشرة **الخ**، والمقدر باق على حاله. قال المصنف: **(لأن ما يكون محلاً للبيع يكون محلاً للرهن)** أقول: منقوض بالشائع. والجواب أن فيه مانعاً قوله: **(ويمكن أن يجاب عنه بأنه كذلك فيما يكون المحل باقياً)** أقول: فيه بحث، لأن مآل ما ذكره أن يكون السالب لقابلية المحلية وهو تبدل وصف

بالهلاك، فإذا حيي بعض المحل يعود حكمه بقدره، بخلاف ما إذا مات الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع لأن البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض والمنتقض لا يعود، أما الرهن يتقرّر بالهلاك على ما بيناه. ومن مشايخنا من يمنع مسألة البيع ويقول: يعود البيع. قال: **(ونماء الرهن للراهن وهو مثل الولد والثمر واللبن والصوف)** لأنه متولد من ملكه ويكون رهناً مع الأصل لأنه تبع له، والرهن حق لازم فيسري إليه **(فإن هلك يهلك بغير شيء)** لأن الأتباع لا قسط لهما مما يقابل بالأصل لأنها لم تدخل تحت العقد مقصوداً إذ اللفظ لا يتناولها **(وإن هلك الأصل وبقي النماء افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض وقيمة النماء يوم الفكاك)** لأن الرهن يصير مضموناً بالقبض والزيادة تصير مقصودة بالفكاك إذا بقي إلى وقته، والتبع يقابله شيء إذا صار مقصوداً كولد المبيع، فما أصاب الأصل يسقط من الدين لأنه يقابله الأصل مقصوداً، وما أصاب النماء افتكه الراهن لما ذكرنا.

الحكمي، قلنا فلقائل أن يقول: ما بال هذا التبدل الحكمي كان له تأثير في التخلف عن ذلك الأصل المقرر ولم يكن له تأثير في كون المبيع هالكاً، وما الفارق بينهما، وبالجملة للكلام مجال في كل حال، وأورد بعض الفضلاء على الجواب المزبور بوجه آخر حيث قال: فيه بحث، لأن مآل ما ذكره أن يكون السالب لقابلية المحلية وهو تبدل

الأصل. واعلم أن العصير المرهون إذا تخمر فإما أن يكون الراهن والمرتهن مسلمين أو كافرين أو يكون الراهن وحده مسلماً أو بالعكس، فإن كانا كافرين فالرهن بحاله تخلل أو لم يتخلل، وفي الأقسام الباقية إن تخلل فكذلك، وإليه يلوّح إطلاق المصنف رحمه الله حيث قال: ثم صار خلاً: يعني بنفسه، وإن لم يتخلل بنفسه فهل للمرتهن أن يخلله أو لا؟ فيه تفصيل، إن كانا مسلمين أو كان الراهن مسلماً جاز تخليله، لأن المالية وإن تلفت بالتخمر بحيث لا يضمن وذلك يسقط الدين، لكن إعادتها ممكنة بالتخلل فصار كتخليص الرهن من الجناية وللمرتهن ذلك، وإذا جاز ذلك في المسلمين والخمر ليست بمحل بالنسبة إليهم فلأن يجوز في المرتهن الكافر أولى لأنها محل بالنسبة إليه، وأما إذا كان الراهن كافراً فله أن يأخذ الرهن والدين على حاله، لأن صفة الخمرية لا تعدم المالية في حقه فليس للمرتهن المسلم تخليلها، فإن خللها ضمن قيمتها يوم خللها لأنه صار غاصباً بما صنع، كما لو غصب خمر ذمي فخللها فالخل به، وتقع المقاصة إن كان الدين من جنس القيمة، ويرجع بالزيادة إن نقصت قيمتها يوم التخليل من دينه. وقوله: **(فهو رهن بدرهم)** يعني إن كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهماً، وأما إذا كانت قيمته يومئذٍ درهمين فهو رهن بدرهمين ويعرف ذلك بأن ينظر إلى قيمة الشاة حيّة ومسلوخة فإن كانت قيمتها حية عشرة وقيمتها مسلوخة تسعة كانت قيمة الجلد يوم الارتهان درهماً، وإن كانت قيمتها مسلوخة ثمانية كانت درهمين، هذا إذا كانت القيمة مثل الدين، فإن كانت أكثر أو أقل فهي مذكورة في النهاية. قال: **(ونماء الرهن للراهن الخ)** الأصل أن الأوصاف القارة في الأمهات تسري إلى الأولاد إذا كانت صالحة لأحكامها، والرهن منها لكونه حقاً لازماً إذ اللازم هو القار، والقار ما يكون ثابتاً في جملة الأم، ولا ينفرد من عليه بإبطال حكمه ككونها حرة وقنة ومبيعة ومكاتبة ومدبرة، وإنما فسرنا بذلك لئلا ترد كفالة الحرة فإنها ما تسري إلى الأولاد والزكاة بعد كمال الحول كذلك فإنهما يثبتان في ذمة الكفيل والمالك لا في عين

العصيرية إلى الخمرية مصححاً لها. والأولى أن يجاب بأن الخمر قابل لحكم البيع وهو الملك ابتداء وبقاء، كما إذا كان لمسلم عصير فتخمر فإنه لا يخرج به عن ملكه، فإذا مات يرثه قريبه المسلم فيثبت له الملك ابتداء وبقاء، والعقود شرعت لأحكامها، وإنما لم يكن محلاً للعقد ابتداء للنهي عن الاقتراب والاغترار، ولا يوجد ذلك في البقاء فليتأمل قوله: **(والخمر ليس بمحل)** أقول: للرهن ابتداء قوله: **(لأنها محل بالنسبة إليه)** أقول: نعم، إلا أنه ليس كتخليص الرهن من الجناية بالنسبة إليه، لكن لا غرو فإن كونه كذلك بالنسبة إلى الراهن كاف قوله: **(وإنما فسرنا الخ)** أقول: أي اللازم قال المصنف: **(فإنهما يثبتان في ذمة الكفيل والملك لا في عين الأمهات)** أقول: هذا تعليل لقوله لئلا يرد الخ: يعني لا في جملتها: أي في جملة الكفيل والأم التي ثبت حق الزكاة فيها، وفيه تأمل فإن كونها ما لا يثبت فيه حق الزكاة وصف ثابت بجملتها. ثم أقول: ولك أن تقول: يخرج الجواب عن ولد المستأجرة والموصى بخدمتها بأنهما لا يثبتان في عين الأمهات لكون كل منهما عقداً على المنفعة قوله: **(ولئلا يرد ولد الجانية فإن من عليه الخ)** أقول: لفظة من عبارة عن المولى قوله: **(ينفرد بالإبطال)** أقول: أي بإبطال الجناية عن الأم بالتزامها في ذمته باختيار الفداء قوله: **(باختيار الفداء)** أقول: فعلى هذا لو كانت وصفاً قاراً لا يرد نقضاً لعدم ثبوتها للأم.

وصور المسائل على هذا الأصل تخرّج وقد ذكرنا بعضها في كفاية المنتهى، وتمامه في الجامع والزيادات **(ولو رهن شاة بعشرة وقيمتها عشرة وقال الراهن للمرتهن احلب الشاة فما حلبت فهو لك حلال فحلب وشرب فلا ضمان عليه في شيء من ذلك)** أما الإباحة فيصح تعليقها بالشرط والخطر لأنها إطلاق وليس بتمليك فتصح مع الخطر **(ولا يسقط شيء من الدين)** لأنه أتلفه بإذن المالك **(فإن لم يفتك الشاة حتى مات في يد المرتهن قسم الدين على قيمة اللبن الذي شرب وعلى قيمة الشاة، فما أصاب الشاة سقط وما أصاب اللبن أخذه المرتهن من الراهن)** لأن اللبن تلف على ملك الراهن بفعل المرتهن والفعل حصل بتسليط من قبله فصار كأن الراهن أخذه وأتلفه فكان مضموناً عليه

وصف العصيرية إلى الخمرية مصححاً لها، وقال الأولى أن يجاب بأن الخمر قابل لحكم البيع وهو الملك ابتداء وبقاء، كما إذا كان لمسلم عصير فتخمر فإنه لا يخرج به ملكه، فإذا مات ورثه قريبه المسلم فيثبت له الملك ابتداء وبقاء، والعقود شرعت لأحكامها، وإنما لم يكن محلاً للعقد ابتداء للنهي عن الاقتراب والاغترار. ولا يوجد ذلك في البقاء فليتأمل انتهى، إلى هنا كلامه، أقول: جوابه الذي عده أولى ليس بشيء لأن مورد السؤال الذي ذكره صاحب النهاية بقوله ولقائل أن يقول الخ إنما هو قولهم في تعليل هذه المسألة أنّ ما يكون محلاً للبيع يكون محلا للرهن، والخمر إن لم يكن محلاً للبيع ابتداء فهو محل له بقاء حيث ورد عليه أن ما يرجع إلى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء، فما معنى كون الخمر محلاً للبيع في البقاء دون الابتداء. ولا شك أن القول بأن الخمر قابل لحكم البيع وهو الملك ابتداء وبقاء لا يدفع السؤال المزبور المورد على قولهم في التعليل المذكور أن الخمر إن لم يكن محلاً للبيع ابتداء فهو محل له بقاء، بل يكون مآله تغيير تعليلهم المذكور، إلى أن يقال: إن ما يكون حكماً للبيع يكون حكماً للرهن والخمر قابل لحكم البيع ابتداء وبقاء فكذا في الرهن، وهذا مع كونه عدولاً عن تعليلهم المرضي عندهم ليس بصحيح في نفسه، إذ لا ريب أن ما يكون حكماً للبيع وهو ملك العين لا يكون حكماً للرهن. فإن حكم الرهن إنما هو ثبوت يد الاستيفاء والحبس للمرتهن لا غير كما تقرر فيما مر قوله: **(ولهما وهو القياس أن الزيادة في الدين توجب الشيوع في الرهن الخ)** أقول: لقائل أن يقول: لا فائدة لقوله وهو القياس في أثناء ذكر دليلهما، لأن دليل أبي يوسف أيضا هو القياس كما أفصح عنه تقرير المصنف إياه حيث قال: إن الدين في باب

الأمهات، ولئلا يرد ولد الجانية فإن من عليه ينفرد بالإبطال باختيار الفداء، وإنما قيدنا الأولاد بصلاحيتها لأحكام الاوصاف لئلا يرد ولد المغصوبة والمستأجرة والمنكوحة والموصى بخدمتها، لأن الأولاد حين الولادة لم تصلح لأحكام هذه الأوصاف. أما في غير الغصب فظاهر، وأما في الغصب فلأن الضمان به يعتمد قبضاً مقصوداً بغير حق ولم يتحقق في الولد، وإذا ظهر هذا علم أن نماء الرهن كاللبن والثمر والصوف والولد للراهن لأنه متولد من ملكه ويكون رهناً عن الأصل لأنه تبع له، ففي الأصل وصفان لازمان: الملك، وكونه رهناً فيسريان إلى الولد، فإن هلك الولد هلك بغير شيء لأن الأتباع لا قسط لها مما يقابل بالأصل إذا لم تكن مقصودة لأنها لم تدخل تحت العقد مقصوداً إذ اللفظ لم يتناولها، وإن هلك الأصل وبقي النماء افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض ولأنه مضمون بالقبض كما تقدم وقيمة النماء يوم الفكاك، لأنه إنما صار مضموناً به، ولو هلك قبله هلك مجاناً، والتبع يقابله شيء إذا صار مقصوداً كولد المبيع فإنه يكون له حصة من الثمن إذا صار مقصوداً بالقبض، والزيادة ها هنا صارت مقصودة بالفكاك فيخصه شيء من الدين، فما أصاب الأصل يسقط من الدين بقدره لأنه يقابله الأصل مقصوداً، وما أصاب النماء افتكه الراهن به، وقوله: **(وصور المسائل على هذا الأصل)** يعني ما ذكرنا من قسمة الدين على قيمتها يوم القبض والفكاك **(تخرّج)** وفي ذلك كثرة وتطويل فأعرض عنها وتابعناه في

قوله: **(وأما في الغصب فلأن الضمان به يعد قبضاً مقصوداً الخ)** أقول: وإذا انعدم سبب الغصب وهو القبض مقصوداً انعدم حكمه لا محالة قوله: **(وقيمة النماء يوم الفكاك لأنه إنما صار مضموناً به)** أقول: الضمير في به راجع إلى الفكاك قوله: **(إذا صار مقصوداً بالقبض)** أقول: إذا ماتت الأم قال المصنف: **(وتجوز الزيادة في الرهن ولا تجوز في الدين)** أقول: معناه لا يكون الرهن رهناً بالزيادة لا

فيكون له حصته من الدين فبقي بحصته، وكذلك ولد الشاة إذا أذن له الراهن في أكله، وكذل جميع النماء الذي يحدث على هذا القياس. قال: **(وتجوز الزيادة في الرهن ولا تجوز في الدين)** عند أبي حنيفة ومحمد ولا يصير الرهن رهناً بها. وقال أبو يوسف: تجوز الزيادة في الدين أيضاً. وقال زفر والشافعي: لا تجوز فيهما، والخلاف معهما في الرهن، والثمن والمثمن والمهر والمنكوحة سواء، وقد ذكرناه في البيوع. ولأبي يوسف في الخلافية الأخرى أن الدين في باب الرهن كالثمن في البيع والرهن كالمثمن فتجوز الزيادة فيهما كما في البيع، والجامع بينهما الالتحاق بأصل العقد للحاجة والإمكان. ولهما وهو القياس أن الزيادة في الدين توجب الشيوع في الرهن وهو غير مشروع عندنا، والزيادة في الرهن توجب الشيوع في الدين وهو غير مانع من صحة الرهن؛ ألا ترى أنه لو رهن عبداً بخمسمائة من الدين جاز. وإن كان الدين ألفاً وهذا شيوع في الدين والالتحاق بأصل العقد غير ممكن في طرف الدين لأنه غير معقود عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن، وكذا يبقى بعد انفساخه، والالتحاق بأصل

الرهن كالثمن في البيع والرهن كالثمن، ثم قال: والجامع بينهما الالتحاق بأصل العقد للحاجة والإمكان. وعن هذا ترك صاحب الكافي القيد المذكور أعني قوله وهو القياس في أثناء تقرير دليلهما. والجواب أنه ليس مراد المصنف ها هنا بقوله وهو القياس الاحتراز عن أصل أبي يوسف في هذه المسألة التي هي الخلافية الأخرى وهو مسألة الزيادة في الدين، بل مراده بذلك هو الاحتراز عن أصل أئمتنا الثلاثة في الخلافية الأولى وهي مسألة الزيادة في الرهن، فإن أصلهم فيها هو الاستحسان كما صرح به في النهاية وغيرها، والباعث على تقيد المصنف ها هنا بهذا الاحتراز هو أنه لما كان دليل أبي يوسف في الخلافية الأخرى هو القياس كما أفصح عنه تقريره جاز أن يتوهم أن دليلهما في هذه المسألة هو الاستحسان لكونهما في خلافية ها هنا، فنبه على أن أصلهما أيضا هو القياس في هذه المسألة، وإنما الاستحسان أصلهم في الخلافية الأولى قوله: **(والالتحاق بأصل العقد غير ممكن في طرف الدين لأنه غير معقود عليه ولا معقود به، بل وجوبه سابق على الرهن)** أقول: لقائل أن يقول: سبق وجوبه على الرهن البتة ممنوع لجواز أن يكون الدين الذي زيد ديناً جديداً حادثاً بموجب متأخر عن عقد الرهن من الاستقراض وغيره. والجواب أن الكلام في الالتحاق بأصل العقد، فالدين وإن كان متأخراً عن أصل عقد الرهن إلا أنه يثبت بالالتحاق بأصل العقد تسمية جديدة فتصير كالرهن الابتدائي، ولا شك أن زمان وجوب الدين الجديد مقدم على زمان التحاقه بالأصل،

ذلك. وقوله: **(فيصح تعليقها بالشرط)** يريد بالشرط قوله فما حلبت فإن كلمة «ما» تضمنت معنى الشرط ولهذا دخل الفاء في خبرها. وقوله: **(لأنه أتلفه بإذن المالك)** فيه إشارة إلى أنه لو أتلف بغير إذنه ضمن وكانت القيمة رهناً مع الشاة، وكذا لو فعل الراهن ذلك بدون إجازة المرتهن. قال: **(وتجوز الزيادة في الرهن الخ)** الزيادة في الرهن مثل أن يرهن ثوباً بعشرة يساوي عشرة ثم يزيد الراهن ثوباً آخر ليكون مع الأول رهناً بالعشرة جاز عند علمائنا رحمهم الله، والزيادة على الدين لا تجوز عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف. وقال زفر والشافعي: لا تجوز الزيادة فيهما جميعاً، والخلاف معهما في الرهن والثمن والمثمن والمهر والمنكوحة، وهو أن يزوّج المولى أمته من رجل بألف ثم زوّج أمة أخرى بذلك الألف وقبل الزوج يصح العقدان ويقسم الألف عليهما. وذكر في الأسرار وطريقة البرعزي وغير ذلك أن ذلك لم يصح، ونقل عن حميد الدين الضرير

أن نفس زيادة الدين على الدين غير صحيحة، لأن الاستدانة بعد الاستدانة قبل قضاء الدين الأول جائز إجماعاً قال المصنف: **(وقد ذكرناه في البيوع)** أقول: المذكور فيه خلافها في زيادة الثمن وحطه لا غير قوله: **(أن يقول المولى زدت لك أمة أخرى)** أقول: فإنه ليس فيه لفظ التزويج قوله: **(وأما أنه ليس بمعقود به فلوجوبه)** أقول: الأصوب أن يقول: أما أنها ليست في المعقود عليه فظاهر وأما أنها ليست بالمعقود به فلأن الدين واجب بسببه قبل عقد الرهن. وإنما قلنا إن الأصوب ذلك لأن ظاهر تقديره يدل على أن المقصود بالنفي كون الزيادة مقصوراً عليها وبها، وليس كذلك لظهور أنها ليست واجبة قبل عقد الرهن فليتأمل، وتوجيه ما ذكره المصنف إرجاع الضمير إلى الملحق به المعلوم من سياق الكلام قوله: **(فإن مات الولد بعد الزيادة)** أقول: قبل الفكاك.

العقد في بدلي العقد، بخلاف البيع لأن الثمن بدل يجب بالعقد، ثم إذا صحت الزيادة في الرهن وتسمى هذه زيادة قصدية يقسم الدين على قيمة الأول يوم القبض، وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت، حتى لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها خمسمائة وقيمة الأول يوم القبض ألفاً والدين ألفاً يقسم الدين أثلاثا، في الزيادة ثلث الدين، وفي الأصل ثلثا الدين اعتباراً بقيمتهما في وقتي الاعتبار، وهذا لأن الضمان في كل واحد منهما يثبت بالقبض فتعتبر قيمة كل واحد منهما وقت القبض **(وإذا ولدت المرهونة ولداً ثم إن الراهن زاد مع الولد عبداً وقيمة كل واحد ألف فالعبد رهن مع الولد خاصة يقسم ما في الولد عليه وعلى العبد الزيادة)** لأنه جعله زيادة مع الولد دون الأم **(ولو كانت الزيادة مع الأم يقسم الدين على قيمة الأم يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض، فما أصاب الأم قسم عليها وعلى ولدها)** لأن الزيادة دخلت على الأم. قال: **(فإن رهن عبداً يساوي ألفاً بألف ثم أعطاه عبداً آخر قيمته ألف رهناً مكان الأول، فالأول رهن حتى يردّه إلى الراهن، والمرتهن في الآخر أمين حتى يجعله مكان الأول)** لأن الأوّل إنما دخل في ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان إلا بنقض القبض ما دام الدين باقياً، وإذا بقي الأول في

فإن الالتحاق فرع التحقق فلهذا حكم بسبق وجوبه على الرهن البتة تأمل تفهم قوله: **(ووجه الفرق أن الإبراء يسقط الدين أصلاً كما ذكرناه، وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب، إلا أنه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لأنه يعقب مطالبة مثله، فإذا هلك يتقرر الاستيفاء الأول فانتقض الاستيفاء الثاني)** المراد بالاستيفاء الأول هو الاستيفاء الحكمي، وبالاستيفاء الثاني هو الاستيفاء الحقيقي، كذا في عامة الشروح. أقول: ها هنا نوع إشكال، وهو أن الاستيفاء الحكمي الذي ثبت للمرتهن بقبض الرهن إما أن ينتقض باستيفائه الدين حقيقة بإيفاء الراهن أو بإيفاء متطوّع قبل هلاك الرهن، أو لم ينتقض بل بقي على حاله، فإن انتقض لم يتم قوله، فإذا هلك يتقرر الاستيفاء الأول، إذ قد

رحمه الله أنه قال: يجوز أن يكون مرادهم من قولهم لا تجوز الزيادة في المنكوحة أن يقول المولى زدت لك أمة أخرى بذلك المهر، أما لو قال زوّجتك هذه الأمة الأخرى بذلك المهر لزم أن يصح. وقوله: **(ألا ترى أنه لو رهن عبداً بخمسمائة)** يعني من الدين الذي هو ألف فيكون بنصف الدين كان جائزاً، ولو رهن ثوباً بعشرين نصفه بعشرة ونصفه بعشرة لم يصح. وقوله: **(والالتحاق بأصل العقد)** إفساد للجامع الذي ذكره أبو يوسف رحمه الله وهو واضح. وحاصله أن الالتحاق بأصل العقد إنما يتصوّر إذا كانت الزيادة في المعقود عليه أو المعقود به والزيادة في الدين ليست في شيء من ذلك، أما أنه غير معقود عليه فظاهر، وأما أنه ليس بمعقود به فلوجوبه بسببه قبل عقد الرهن، بخلاف الرهن فإنه معقود عليه لأنه لم يكن محبوساً قبل عقد الرهن ولا يبقى بعده. قوله: **(وتسمى هذه زيادة قصدية)** يعني بخلاف نماء الرهن فإنه ليس زيادة قصدية بل ضمنية ولهذا اختلف حكماً. وقوله: **(وإذا ولدت المرهونة ولداً)** يعني إذا رهن جارية بألف تساوي ألفاً فولدت ولداً يساوي ألفاً فقال الراهن زدتك هذا العبد مع الولد رهناً وهو أيضاً يساوي ألفاً جاز العقد ويكون العبد رهناً مع الولد دون الأم، فينظر إلى قيمة الولد يوم الفكاك وإلى قيمة الأم يوم العقد، فما أصاب الولد قسم على قيمته يوم الفكاك وقيمة العبد يوم قبضه لأنه دخل في ضمانه بالقبض، فإن مات الولد بعد الزيادة بطلت لأنه إذا هلك خرج من العقد وصار كأن لم يكن فيبطل الحكم في الزيادة. ولو قال الراهن زدتك هذا العبد مع الأم قسم الدين على قيمة الأم يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض، فما أصاب الأم قسم عليها وعلى ولدها، لأن الزيادة دخلت على الأم فصارت كأنها كانت في أصل العقد فيكون الولد داخلاً في حصة الأم خاصة، فإن ماتت الأم بعد الزيادة ذهب ما كان فيها وبقي الولد والزيادة نماء فيهما لأنه هلاك الأم لا يوجب سقوط الضمان بل يقرره فلا يبطل الحكم في الزيادة، ولو مات الولد بعد الزيادة ذهب بغير شيء وكان العقد في الأم ولا ولد معها. قال: **(فإن رهن عبداً يساوي ألفاً الخ)** كلامه واضح. وقوله: **(على ما بيناه من قبل)** يعني في صدر كتاب الرهن في تعليل أن تمام الرهن بالقبض. وقوله: **(خلافاً لزفر رحمه الله)** هو يقول: إن الضمان في باب الرهن إنما يجب باعتبار القبض وهو قائم فكان ما بعد الإبراء وما قبله سواء، ولهذا كان مضموناً بعد الاستيفاء وإن لم يبق الدين بعده. ولنا ما ذكر في الكتاب أن الرهن مضمون بالدين أو بجهته عند توهم الوجود كما في الدين الموعود، ولم يبق الدين بالإبراء: أي بسببه ولا جهته لسقوطه فلم يبق الرهن مضموناً بالدين، فإن قيل: سقوط الدين لا يوجب سقوط الضمان، فإنه إذا طلبه الراهن ومنع المرتهن بعد الإبراء فإنه يضمن وقد سقط

ضمانه لا يدخل الثاني في ضمانه لأنهما رضيا بدخول أحدهما فيه لا بدخولهما، فإذا ردّ الأول دخل الثاني في ضمانه. ثم قيل: يشترط تجديد القبض لأن يد المرتهن على الثاني يد أمانة ويد الرهن بعد استيفاء وضمان فلا ينوب عنه، كمن له على آخر جياد فاستوفى زيوفاً ظنها جياداً ثم علم بالزيافة وطالبه بالجياد وأخذها فإن الجياد أمانة في يده ما لم يرد الزيوف ويجدد القبض. وقيل لا يشترط لأن الرهن تبرع كالهبة على ما بيناه من قبل وقبض الأمانة ينوب عن قبض الهبة، ولأن الرهن عينه أمانة والقبض يرد على العين فينوب قبض الأمانة عن قبض العين **(ولو أبرأ المرتهن الراهن عن الدين أو وهبه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن يهلك بغير شيء استحساناً)** خلافاً لزفر، لأن الرهن مضمون بالدين أو بجهته عند توهم الوجود كما في الدين الموعود ولم يبق الدين بالإبراء أو الهبة ولا جهته لسقوطه، إلا إذا أحدث منعاً لأنه يصير به غاصباً إذا لم تبق له ولاية المنع **(وكذا إذا ارتهنت المرأة رهناً بالصداق فأبرأته أو وهبته أو ارتدت والعياذ بالله قبل الدخول أو اختلعت منه على صداقها ثم هلك الرهن في يدها يهلك بغير شيء في هذا كله ولم تضمن شيئاً لسقوط الدين كما في الإبراء، ولو استوفى المرتهن الدين بإيفاء الراهن أو بإيفاء متطوّع ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين ويجب عليه ردّ ما استوفى إلى ما استوفى منه وهو من عليه أو المتطوع بخلاف الإبراء)** ووجه الفرق أن بالإبراء يسقط الدين أصلاً كما ذكرنا، وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب، إلا أنه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لأنه يعقب مطالبة مثله، فأما هو في نفسه فقائم، فإذا هلك يتقرّر الاستيفاء الأول

تقرر عندهم أن المنتقض لا يعود وقد مرّ في الكتاب غير مرة، وإن لم ينتقض بل بقي على حاله يلزم أن يتكرّر الاستيفاء عند استيفائه الدين بإيفاء الراهن أو بإيفاء متطوّع، وتكرره مؤدّ إلى الربا فاسد كما مر أيضا غير مرة، ويكن أن يجاب عنه بأنه غير منتقض بل باق على حاله، ولكنه في قوة الزوال والانتقاض برد المرتهن الرهن على الراهن سيما إذا وجب الرد عليه عند تحقق الاستيفاء الحقيقي كما فيما نحن فيه، فكأن الاستيفاء لم يتكرر عند الاستيفاء الحقيقي ما لم يتقرر الاستيفاء الحكمي بهلاك الرهن في يد المرتهن فلم يجعل فاسداً، هذا غاية ما يمكن في التقصي

الدين. أجاب بقوله إلا إذا أحدث منعاً لأن يصير به غاصباً لانتفاء ولاية منعه. والجواب عن صورة الاستيفاء ما ذكره على وجه الفرق بقوله إن بالإبراء يسقط الدين أصلاً كما ذكرنا، وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب وهو العقد الذي لزم الدين به، إلا أن يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لأنه يعقب مطالبة مثله فيفضي إلى الدور. وقوله: **(فأما هو)** يعني تعذر الاستيفاء، فأما الدين فهو قائم في نفسه وهو تكرير للتوكيد **(فإذا هلك)** يعني الرهن بتقرر الاستيفاء الأول وهو الحكمي فانتقض الاستيفاء الثاني وهو الحقيقي لئلا يتكرر الاستيفاء، وقوله: **(وكذا إذا اشترى)** معطوف على قوله ولو استوفى. وقوله: **(لأنه)** أي لأن كل واحد من الشراء والصلح على عين استيفاء فيجب عليه رد الرهن إن كان باقياً أو قيمته إن هلك في يده قبل الرد. وقوله: **(لأنه)** يعني البراءة بطريق الأداء إشارة إلى الجواب عما يقال ذمة المحيل تبرأ بالحوالة عما عليه فكان ينبغي أن يكون بمعنى الإبراء فيهلك أمانة. ووجه ذلك ما أشار إليه أن الحوالة وإن كانت إبراء لكنها بطريق الأداء دون الإسقاط **(لأن يزول به)** أي بعقد الحوالة الخ. وقوله: **(لأنه)** يعني المحال عليه **(بمنزلة الوكيل)** عن المحيل بقضاء الدين. وقوله: **(وكذلك لو تصادقا على أن لا دين ثم هلك الرهن الخ)** اختيار بعض المشايخ اختاره المصنف، ومنهم من قال: إذا كان التصادق بعد هلاك الرهن والدين كان واجباً ظاهراً فهو كذلك، فإن وجوبه ظاهراً يكفي لضمان الرهن فكان مستوفياً، فأما إذا كان قبله هلك أمانة لأنه بتصادقهما ينتفي الدين من الأصل وضمان الرهن لا يبقى بدون الدين، ووجه مختار المصنف ما ذكره من توهم وجوب الدين بالتصادق على قيامة يعني بعد التصادق على عدمه لجواز أن يتذكرا وجوبه بعد الصادق على انتفائه فتكون الجهة باقية وضمان الرهن متحقق بتوهم الوجوب. وقوله: **(بخلاف الإبراء)** راجع إلى قوله ولو استوفى، وذلك لأنه من ثمة إلى ها هنا نقوض على جواب الاستحسان في صورة الإبراء، والأولى أن يرجع إلى قوله فتكون الجهة باقية.

قوله: **(وإن لم يبق الدين بالإبراء)** أقول: لفظ الإبراء ليس في محله كما لا يخفى قوله: **(أو لتوهم الوجوب الخ)** أقول: فيه بحث، وفي بعض النسخ: عند توهم الوجود، وهو الصحيح. قوله: **(يسقط الدين أصلاً كما ذكرنا)** أقول: آنفاً قوله: **(وبالاستيفاء لا يسقط)** أقول: يعني لا يسقط الدين قوله: **(لقيام الموجب)** أقول: يعني الموجب للدين.

فانتقض الاستيفاء الثاني **(وكذا إذا اشترى بالدين عيناً أو صالح عنه على عين)** لأنه استيفاء **(وكذلك إذا أحال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة ويهلك بالدين)** لأنه في معنى البراءة بطريق الأداء لأنه يزول به عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحتال عليه، أو ما يرجع عليه به إن لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين لأن بمنزلة الوكيل **(وكذا لو تصادقا على أن لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين)** لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه فتكون الجهة باقية بخلاف الإبراء، والله أعلم.

عن ذلك الإشكال وإن كان لا يخلو من نوع تكلف قوله: **(بخلاف الإبراء)** قال صاحب العناية: قوله بخلاف الإبراء راجع إلى قوله ولو استوفى، وذلك لأنه من ثمة إلى هنا نقوض على جواب الاستحسان في صورة في الإبراء، وقال والأولى أن يرجع إلى قوله فتكون الجهة باقية انتهى. أقول: لا مساغ عندي لأن يكون قوله ها هنا بخلاف الإبراء راجعاً إلى قوله ولو استوفى، لأن المصنف قال بعد ذكر مسألة استيفاء المرتهن الدين فيما مر بخلاف الإبراء، وبين وجه الفرق بين الإبراء والاستيفاء مستوفى، فلو كان قوله ها هنا بخلاف الإبراء راجعاً إلى قوله ولو استوفى لتكرر الحشو في كلامه، وحاشا له عن ارتكاب مثل ذلك.

قوله: **(أو قيمته إن هلك في يده قبل الرد)** أقول: ولا ينتقض الشراء والصلح قال المصنف: **(وكذا لو تصادقا على أن لا دين)** أقول: قال الزيلعي: قال في الكافي: ذكر شمس الأئمة السرخسي في المبسوط إذا تصادقا أن لا دين بقي ضمان الراهن إذا كان تصادقهما بعد هلاك الرهن، لأن الدين كان واجباً ظاهراً حين هلك الرهن، ووجوب الدين ظاهراً يكفي لضمان الرهن، وأما إذا تصادقا على أن لا دين والرهن قائم ثم هلك يهلك أمانة، لأنه بتصادقهما ينتفي الدين من الأصل، وضمان الرهن لا يبقى بدون الدين، وذكر الإسبيجابي أنهما إذا تصادقا قبل الهلاك ثم هلك الرهن اختلف مشايخنا فيه، والصواب لا يهلك مضموناً انتهى. واختيار المصنف هلاكه مضموناً في الصورتين كما لا يخفى قوله: **(يعني بعد التصادق على عامه لجواز أن يتذكرا وجوبه بعد التصادق على انتفائه)** أقول: فيه نظر، فإن الاحتمال الذي لم ينشأ عن دليل لا بد لاعتباره في مثل ما نحن فيه من دليل قوله: **(وقوله بخلاف الإبراء)** أقول: قال الإتقاني: قوله بخلاف الإبراء يتصل بقوله يهلك الدين، والله أعلم.

كتاب الجنايات

قال: (القتل على خمسة أوجه: عمد. وشبه عمد، وخطأ، وما أجري مجرى الخطأ، والقتل بسبب)

كتاب الجنايات

أورد الجنايات عقيب الرهن لأن كل واحد منهما للوقاية والصيانة، فإن الرهن وثيقة لصيانة المال وحكم الجناية لصيانة النفس، ألا يرى إلى قوله تعالى ﴿ولكم في القصاص حياة﴾ البقرة (١٧٩) ولما كان المال وسيلة لبقاء النفس قدم الرهن على الجنايات بناء على تقدم الوسائل على المقاصد، كذا في أكبر الشروح. قال في غاية البيان: ولكن قدم الرهن لأنه مشروع بالكتاب والسنة، بخلاف الجناية فإنها محظورة لأنها عبارة عما ليس للإنسان فعله انتهى. أقول: ليس هذا بشيء لأن المقصود بالبيان في كتاب الجنايات إنما هو أحكام الجنايات دون أنفسها، ولا شك أن أحكامها مشروعة ثابتة بالكتاب والسنة أيضا فلا معنى لتأخيرها من هذه الحيثية، ثم إن الجناية في اللغة اسم لما تجنيه من شرّ تكسبه. وهي في الأصل مصدر جنى عليه شراً جناية، وهو عام في كل ما يقبح ويسوء، إلا أنه في الشرع خص بفعل محرم حل بالنفوس والأطراف، والأول يسمى قتلاً وهو فعل من العباد تزول به الحياة، والثاني يسمى قطعاً وجرحاً، هذا زبدة ما في الكتاب والشروح قوله: **(القتل على خمسة أوجه: عمد، وشبه عمد، وخطأ، وما أجري مجرى الخطأ، والقتل بسبب)** قال صاحب النهاية: وجه الانحصار في هذه الخمسة هو أن القتل إذا صدر عن إنسان لا يخلو إما أن حصل بسلاح أو بغير سلاح، فإن حصل بسلاح فلا يخلو إما أن يكون به قصد القتل أم لا، فإن كان فهو شبه العمد، وإن لم يكن فهو خطأ. وإن لم يكن بسلاح فلا يخلو إما أن يكون معه قصد التأديب والضرب أم لا، فإن كان فهو شبه العمد، وإن لم يكن فلا يخلو إما أن يكون جارياً مجرى الخطأ أم لا، فإن كان فهو هو وإن لم يكن فهو القتل بسبب، وبهذا الانحصار يعرف أيضاً تفسير كل واحد منها انتهى. أقول: فيه خلل. أما أوّلا فلأنه جعل القتل الخطأ مخصوصاً بما حصل بسلاح وليس كذلك، إذ لا شك أن القتل الخطأ كما يكون

كتاب الجنايات

ذكر الجنايات عقب الرهن لأن الرهن لصيانة المال وحكم الجناية لصيانة الأنفس والمال وسيلة للنفس فكان مقدماً عليها، ومحاسن أجزيتها محاسن الحدود. والجناية في اللغة: اسم لما يكتسب من الشرّ تسمية بالمصدر من جنى عليه شراً، وهو عام إلا أنه في الشرع خص بفعل محرم شرعاً حل بالنفوس والأطراف، والأول يسمى قتلاً وهو فعل من العباد تزول به الحياة، والثاني يسمى قطعاً وجرحاً. وسببها سبب الحدود. وشرطها كون المحل حيواناً، قال: **(القتل على خمسة أوجه)** القتل الذي يتعلق به حكم من قصاص ودية وكفارة وحرمان إرث خمسة أوجه، وذلك لأنا قد استقرينا فوجدنا ما يتعلق به شيء من الأحكام المذكورة. وقال صاحب النهاية رحمه الله: لا يخلو إما أن حصل بسلاح أو بغير سلاح، فإن حصل بسلاح فلا يخلو إما أن كان به قصد القتل أو لا، فإن كان فهو العمد، وإن لم يكن فهو الخطأ، وإن لم يكن بسلاح فلا يخلو إما أن كان معه قصد التأديب والضرب أو لا، فإن كان فهو شبه العمد، وإن لم يكن فلا يخلو إما أن كان جارياً مجرى الخطأ أم لا، فإن كان فهو هو، وإن لم يكن فهو القتل بالسبب، وبهذا الانحصار تعرف أيضاً تفسير كل واحد منها، وضعفه وركاكته

كتاب الجنايات

قوله: **(والجناية في اللغة: اسم لما يكتب من الشر)** أقول: الفقه يبحث عن أفعال المكلفين، فلو أريد المعنى المصدري الجناية لكان أنسب وجمعها كجمع الطهارات قوله: **(لا يخلو إما أن حصل بسلاح)** أقول: أو ما أجري مجراه قوله: **(وإن لم يكن فهو الخطأ)** أقول: قد يكون القتل الخطأ بغير سلاح كما إذا رمى صيداً بحجر أو خشبة فأصاب جملاً فقتله قوله: **(فإن كان فهو شبه العمد)** أقول:

والمراد بيان قتل تتعلق به الأحكام.

بسلاح يكون أيضاً بما ليس بسلاح كالحجر العظيم والخشبة العظيمة، وأما ثانياً فلأن قوله فإن كان هو هو يشبه تفسير الشيء بنفسه. وأما ثالثاً فلأن قوله وإن لم يكن جارياً مجرى الخطأ فهو القتل بسبب ليس بتام، لأن ما لا يكون جاريا مجرى الخطأ لا يلزم أن يكون القتل بسبب البتة، بل يجوز أن يكون القتل بخطأ محض أيضاً فلا يتم الحصر في القتل بسبب. ولما تنبه صاحب العناية لما في وجه الحصر الذي ذكره صاحب النهاية من القصور قال في بيان قول المصنف القتل على خمسة أوجه: وذلك أنا قد استقرينا فوجدنا ما يتعلق به شيء من الأحكام المذكورة أحد هؤلاء الأوجه المذكورة، ونقل ما ذكره صاحب النهاية من وجه الحصر فقال: وضعفه وركاكته ظاهران من غير تفصيل وبيان قوله: **(والمراد بيان قتل تتعلق به الأحكام)** قال جمهور الشراح: إنما قيد به لأن أنواع القتل من حيث هو قتل من غير نظر إلى ضمان القتل وعدم ضمانه أكثر من خمسة: كقتل المرتد، والقتل قصاصاً، والقتل رجماً والقتل بقطع الطريق، وقتل الحربي، حتى قال بعضهم: ونظير هذا ما قاله محمد في كتاب الأيمان: الأيمان ثلاثة، ولم يرد به جنس الأيمان لأنها أكثر من ثلاثة: يمين بالله، ويمين بالطلاق، ويمين بالعتاق والحج والعمرة، وإنما أراد بذلك الأيمان بالله تعالى انتهى. أقول: فيما قالوا نظر، إذ الظاهر أن شيئاً من أنواع القتل لا يخرج من الأوجه الخمسة المذكورة في الكتاب، بل يدخل كل من ذلك في واحد من تلك الأوجه، فإن ما ذكروا من قتل المرتد وقتل الحربي والقتل قصاصاً أو رجماً أو قطع الطريق يكون قتل عمد إن تعمد القاتل ضربِ المقتول بسلاح وما أجري مجرى السلاح، ويكون شبه عمد إن تعمد ضربه بما ليس بسلاح ولا ما أجري مجرى السلاح، ويكون خطأ إن لم يكن بطريق التعمد بل كان بطريق الخطأ إلى غير ذلك من الأوجه المذكورة، وإنما تكون تلك الأنواع المباحة من القتل خارجة من الأحكام المذكورة لهذه الأوجه الخمسة لا من نفس هذه الأوجه الخمسة فلا معنى للقول بأن أنواع القتل أكثر من خمسة، فإن قلت: كيف يتصوّر خروج تلك الأنواع من الأحكام المذكورة للأوجه الخمسة للقتل لا من أنفس هذه الأوجه وحكم الشيء ما يترتب عليه ويلزمه؟ قلت: قد يكون ترتب الحكم على شيء مشروطاً بشروط؛ ألا يرى أنهم جعلوا وجوب القود من أحكام القتل العمد مع أن له شرائط كثيرة: منها كون القاتل عاقلاً بالغاً إذ لا يجب القود على المجنون والصبيّ أصلاً. ومنها أن لا يكون المقتول جزء القاتل حتى لو قتل الأب ولده عمداً لا يجب عليه القصاص، وكذا لو قتلت الأم ولدها وكذا الجد والجدة. ومنها أن لا يكون المقتول ملك القاتل حتى لا يقتل المولى بعبده. ومنها كون المقتول معصوم الدم مطلقاً فلا يقتل مسلم ولا ذمي بالكافر الحربي، ولا

ظاهران. وقوله: **(أو ما أجري مجرى السلاح)** يعني في تفريق الأجزاء كالمحدد من الخشب وليطة القصب وهي قشرة وقد تقدم. وقوله: **(وقد نطق به غير واحد من السنة)** منها ما قال عليه الصلاة والسلام في خطبته بعرفات «ألا إن دماءكم ونفوسكم محرمة عليكم كحرمة يومي هذا في شهري هذا في مقامي هذا» ومنها قوله ﷺ «لزوال الدنيا أهون على الله من قتل امرىء مسلم». وقوله: **(والقود)** يعين القصاص معطوف على قوله المأثم: أي موجب القتل العمد الإثم في الآخرة والقصاص في الدنيا لقوله تعالى: ﴿كتب عليكم القصاص في القتلى الحرّ بالحرّ﴾ الآية وهو بظاهره لم يفصل بين العمد والخطإ لكنه تقيد

شبه العمد لا يلزم أن يكون على قصد التأديب، بل قد يكون على قصد القتل، وجوابه أن ذلك بالنظر إلى الآلة قوله: **(فإن كان فهو هو)** أقول: هذا تعريف الشيء بنفسه ظاهراً قال المصنف: **(فالعمد ما تعمد ضربه)** أقول: أي ضرب المقتول فيخرج العمد فيما دون النفس قال المصنف: **(والنار)** أقول: ينبغي أن يكون من قبيل: علفتها تبناً وماء بارداً، إذ الواقع في صورة النار هو الإلقاء فيها لا الضرب بها قال المصنف: **(وموجب ذلك المأثم)** أقول: قال الإتقاني: قال قاضيخان في فتاواه: وفي ظاهر الرواية في الحديد وما يشبه الحديد كالنحاس وغيره لا يشترط الجرح لوجوب القصاص. وقال في الأجناس: ذكر في الشروط الكبير لأبي جعفر الطحاوي أنه لا قصاص في العمود من الحديد لأنه لا يجرحه انتهى. وسيجيء من المصنف في الباب الذي يليه أن الأصح رواية الطحاوي،قال المصنف: **(لقوله**

قال: **(فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح أو ما أجري مجرى السلاح كالمحدد من الخشب وليطة القصب والمروة المحددة والنار)** لأن العمد هو القصد، ولا يوقف عليه إلا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متعمداً فيه عند ذلك **(وموجب ذلك المأثم)** لقوله تعالى **﴿ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم﴾** الآية، وقد نطق به غير واحد من السنة، وعليه انعقد إجماع الأمة. قال: **(والوقود)** لقوله تعالى **﴿كتب عليكم القصاص في القتلى﴾** إلا أنه تقيد

بالمرتد لعدم العصمة أصلاً، ولا بالمستأمن في ظاهر الرواية لأن عصمته ما ثبتت مطلقة بل مؤقتة إلى غاية مقامه في دار الإسلام، صرح بذلك كله في عامة المعتبرات، فكذا كون القتل بغير حق شرطاً لترتب كل من الأحكام المذكورة للأوجه الخمسة من القتل، وليس شيء مما ذكروا من الأنواع المباحة للقتل بغير حق بل كلها بحق، فدخولها في نفس أوجه القتل دون الأحكام المذكورة لها بناء على انتفاء شرط تلك الأحكام وهو كون القتيل معصوم الدم، وكون القتل بغير حق لا يقدح في شيء. فالأظهر أن مراد المصنف بقوله والمراد بيان قتل تتعلق به الأحكام هو التنبيه على أن المقصود بالبيان في كتاب الجنايات إنما هو أحوال القتل بغير حق إذ هو الذي يكون من الجنايات، ويترتب عليه أحكامها دون أحوال مطلق القتل، وإن كان الأوجه الخمسة المذكورة تتناول كل ذلك قوله: **(فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح أو ما أجري مجرى السلاح)** قال بعض الفضلاء في تفسير قوله ضربه: أي ضرب المقتول، وقال: فيخرج العمد فيما دون النفس انتهى. أقول: يرد عليه النقض بمسألة ذكرت في المحيط نقلاً عن المنتقى، وهي أنه إذا تعمد أن يضرب يد رجل فأخطأ فأصاب عنق ذلك الرجل فأبان رأسه وقتله فهو عمد وفيه القود، وإن أصاب عنق غيره فهو خطأ. وجه الورود أنه لم يتعمد في الصورة الأولى ضرب المقتول بل تعمد ضرب يده، مع أنه جعل ضربه القتل العمد وأجري عليه حكم قتل النفس وهو القود تأمل قوله: **(لأن العمد هو القصد ولا يوقف عليه إلا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متعمداً فيه عند ذلك)** أقول: فيه بحث، وهو أن هذا القدر من التعليل يشكل بما إذا استعمل الآلة القاتلة في القتل الخطأ، كما إذا رمى شخصاً بسهم أو ضربه بسبق يظنه صيداً فإذا هو آدمي، أو يظنه حربياً فإذا هو مسلم، وهذا من نوع الخطأ في القصد، وكذا إذا رمى غرضاً بآلة قاتلة فأصاب آدمياً وهذا من نوع الخطأ في الفعل، فإن استعمال الآلة القاتلة الذي جعل دليلاً على القصد قد تحقق هناك أيضاً مع أنه ليس بعدم بل هو خطأ محض على ما نصوا عليه قاطبة. فإن قلت: المراد باستعمال الآلة القاتلة في التعليل المذكور استعمالها لضرب المقتول لا استعمالها مطلقاً ففيما إذا رمى غرضا فأصاب آدميا لم يكن استعمالها لضرب الآدمي بل كان لغرض آخر. قلت: هذا التأويل إنما يفيد في نوع الخطأ في الفعل دون نوع الخطأ في القصد، فإن استعمالها فيه أيضاً لضرب المقتول لكن الخطأ في وصف المقتول، فإن قلت: المراد المراد استعمالها لضرب المقتول من حيث هو آدمي لا استعمالها لضربه مطلقاً، وفي نوع الخطأ في القصد لم تتحقق الحيثية المذكورة قلت: كون الاستعمال من هذه الحيثية أمر مضمر راجع إلى النية والقصد فلا يوقف عليه كما لا يوقف على العمد فلا بد من دليل آخر

بوصف العمدية بقوله ﷺ «العمد قود» أي موجبه، والحديث مشهور، ولأن الجناية بها: أي بالعمدية تتكامل. وقوله: **(لا**

تعالى: **﴿ومن يقتل مؤمناً متعمداً﴾ الآية)** أقول: لا يقال ذلك في المستحل كما ذكر في الكتب الكلامية، لأنه لو لم يكن حراماً لم يكن حال مستحله كذلك، والحرام موجبة المأثم قال المصنف: **(والقود)** أقول: بفتح الواو: أي القصاص، ويسمى قوداً لأنهم يقودون الجاني بحبل أو غيره، قاله الأزهري قوله: **(لكنه تقيد بوصفه العمدية بقوله عليه الصلاة والسلام الخ)** أقول: فيه بحث، فإن الإطلاق والتقييد إذا دخلا على السبب نحو «أدوا صدقة الفطر عن كل حر وعبد، وأدوا عن كل حر وعبد من المؤمنين» لم يحمل المطلق على المقيد عندنا، بل يجب العمل بكل منهما، إذ لا تنافي في الأسباب على ما فصل في كتاب الأصول فكيف يتقيد القتل المذكور في الآية بوصف العمدية بالحديث، ولعل الأولى أن يقال: غير العمد من القتل قاصر في كونه قتلاً فلا يتناوله المطلق لأنه يتصرف إلى الكامل، وموضعه الأصول أيضاً.

بوصف العمدية لقوله عليه الصلاة والسلام «العمد قود» أي موجبه، ولأن الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها

خارجي لم يذكر في التعليل المزبور. ثم إنه لو كان مدار كون القتل عمداً مجرد استعمال الآلة القاتلة كما هو الظاهر من التعليل المزبور لما كان لقول صاحب الوقاية وكثير من أصحاب المتون القتل العمد ضربه قصداً بما يفرق الأجزاء كسلاح ومحدد من خشب أو حجر أو ليطة أو نار وجه، إذ يلزم إذ ذاك أن يكون قيد قصداً زائداً بل لغواً لعدم الوقوف عليه بالغرض إلا باستعمال الآلة القاتلة وهو ضربه مما يفرق الأجزاء فيكفي ذكره، بل لما كان لقيد تعمد في الكتاب أيضاً في قوله فالعمد ما تعمد ضربه وجه، بل كان ينبغي أن يقال فالعمد ما ضربه بسلاح أو ما أجري مجرى السلاح فتدبر قوله: (**وموجب ذلك المأثم لقوله تعالى: ﴿ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جنهم خالداً فيها﴾** النساء الآية (٩٣) أقول: لقائل أن يقول: الدليل خاص والمدعي عام، لأن إيجاب القتل العمد المأثم، والقود يعم المسلم والذمي لما سيجيء من أن المسلم يقاد بالذمي عندنا، ولا شك أن وجوب القود لا ينفك عن لزوم المأثم، والآية المذكورة مخصوصة بقتل المؤمن. اللهم إلا أن يقال: الآية المذكورة وإن أفادت المأثم في قتل المؤمن عمداً فقط بعبارتها إلا أنها تفيد المأثم في قتل الذمي عمداً أيضا بدلالتها بناء على ثبوت المساواة في العصمة بين المسلم والذمي نظراً إلى التكليف أو الدار كما سيأتي تفصيله، فإن قيل: بقي خصوص الدليل مع عموم المدعي من جهة أخرى وهي أن المذهب عند أهل السنة والجماعة أن المؤمن لا يخلد في النار وإن ارتكب كبيرة ولم يتب، فالظاهر أن المراد بمن يقتل في الآية المذكورة هو المستحيل بدلالة ﴿خالدا فيها﴾ النساء (٩٣) فكان القتل بدون الاستحلال خارجا عن مدلول الآية: قلنا: لا نسلم ظهور كون المراد بمن يقتل في الآية المذكورة هو المستحيل لجواز أن يكون المراد بالخلود المذكور فيها هو المكث الطويل كما ذكر في التفاسير، فلا ينافي التعميم مذهب أهل السنة والجماعة، ولئن سلم كون المراد بذلك هو المستحل كما ذكر في الكتب الكلامية وفي التفاسير أيضا فالآية دالة على عظم تلك الجناية، وتحقق الإثم في قتل المؤمن عمداً بدون الاستحلال أيضا، وإلا لما لزم من استحلاله الخلود في النار قوله: (**والقود لقوله تعالى: ﴿كتب عليكم القصاص في القتلى﴾ البقرة (١٧٨) إلا أنه تقيد بوصف العمدية لقوله عليه الصلاة والسلام «العمد قود»**[1] **أي موجبه**) يعنى أن ظاهر الآية يوجب القود بالقصاص أينما يوجد القتل، ولا يفصل بين العمد والخطأ إلا أنه تقيد بوصف العمدية بالحديث المشهور الذي تلقته الأمة بالقبول وهو قوله عليه الصلاة والسلام «العمد قود»[2] أي موجبه قود، كذا في الشروح قال صاحب الكفاية بعد ذلك: لا يقال إن

شرع لها دون ذلك) أي لا شرعية للعقوبة المتناهية بدون العمدية، وتقرير حجته أن العمدية تتكامل بها الجناية، وكل ما تتكامل به الجناية كانت حكمة الزجر عليها أكمل. وقوله: (**والعقوبة المتناهية الخ**) حجة أخرى. وتقريرها القود عقوبة متناهية والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون العمدية، وذلك ظاهر. وقوله: (**ثم هو**) يعني القود. وقوله: (**وهذا لأنه تعين مدفعاً للهلاك**) يعني لأن القاتل في الامتناع من أداء الدية بعد ما استحقت نفسه قصاصاً يسفه ويلقي نفسه في التهلكة فيحجر عليه ويمنع عنه شرعاً (**ولنا ما تلونا**) من قوله تعالى ﴿كتب عليكم القصاص في القتلى﴾ ووجه التمسك به أن الله تعالى ذكر في

---

(١) حسن. رواه ابن أبي شيبة في مصنفه كما في نصب الراية ٤/ ٣٢٧ وكذا إسحق في مسنده كلاهما من حديث ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: العمد قود إلا أنه يعفو ولي المقتول. هذا لفظ ابن أبي شيبة.
قلت: وأخرجه الدارقطني ٣/ ٩٤ من طريق ابن أبي شيبة به.
وأخرجه من وجه آخر عن طاووس عن أبي هريرة وأخرج أبو داود ٤٥٣٩ و ٤٥٤٠ والنسائي ٨/ ٣٩ والدارقطني ٣/ ٩٥ كلهم من حديث ابن عباس: من قتل في عُمِّيَّة، أو رِمِّيَّة بحجر، أو سوط، أو عصاً، فعقله عقل الخطأ، ومن قتل عمداً فهو قود، ومن حال دونه فعليه لعنة الله وغضبه، لا يقبل منه صرف ولا عدل وإسناده حسن رجاله ثقات كلهم وفيه سليمان بن كثير وقد روى له الجماعة وقال ابن حجر في التقريب: لا بأس به. فهذا شاهد قوي لحديث ابن عباس الذي أسنده ابن أبي شيبة والله تعالى أعلم.

(٢) هو المتقدم.

تتوفر والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك. قال: **(إلا أن يعفو الأولياء أو يصالحوا)** لأن الحق لهم ثم هو واجب علينا. وليس للولي أخذ الدية إلا برضا القاتل وهو أحد قولي الشافعي، إلا أنّ له حق العدول إلى المال من غير مرضاة القاتل لأنه تعين مدفعاً للهلاك فيجوز بدون رضاه، وفي قول الواجب أحدهما لا بعينه ويتعين باختياره. لأن حق العبد شرع جابراً وفي كل واحد نوع جبر فيتخير. ولنا ما تلونا من الكتاب وروينا من السنة، ولأن المال لا يصلح موجباً لعدم المماثلة والقصاص يصلح للتماثل. وفيه مصلحة الإحياء زجراً وجبراً فيتعين، وفي الخطإ وجوب المال ضرورة صون الدم عن الإهدار، ولا يتيقن بعدم قصد الوليّ بعد أخذ المال فلا يتعين مدفعاً للهلاك، ولا كفارة

قوله عليه الصلاة والسلام «العمد قود»[1] لا يوجب التقييد لأنه تخصيص بالذكر فلا يدل على نفي ما عداه. لأنا نقول: لو لم يوجب هذا الخبر تقييد الآية لم يكن القود موجب العمد فقط فلا يكون لذكر لفظ العمد فائدة انتهى. أقول: سؤاله ظاهر الورود ينبغي أن يخطر ببال كل ذي فطرة سليمة، ولكن لم أر أحداً سواه حام حول ذكره. وأما جوابه فمنظور فيه عندي لجواز أن يكون سئل النبي عليه الصلاة والسلام عن حكم العمد فقط بأن كانت الحادثة قتل العمد فصار قوله عليه الصلاة والسلام «العمد قود»[2] جواباً عن سؤالهم، ففائدة ذكر لفظ العمد حينئذٍ تطبيق الجواب للسؤال، ومع هذا الاحتمال كيف يتعين تقييد كتاب الله تعالى بالحديث المذكور تفكر قوله: **(ولأن الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك)** أقول: جعل صاحب العناية قوله لأن الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر حجة تامة، وجعل قوله والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك حجة أخرى فقال في تقرير الأولى: وتقرير حجته أن العمدية تتكامل بها الجناية، وكل ما كان يتكامل به الجناية كانت حكمة الزجر عليها أكمل، وقال في تقرير الأخرى وتقريرها القود عقوبة متناهية، والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون العمدية وذلك ظاهر انتهى، أقول: ليس ذلك بسديد، لأن صحة الحكم بأن العقوبة المتناهية لا شرع لها دون العمدية موقوفة على كون الآية المذكورة مقيدة بوصف العمدية، إذ لو كانت باقية على إطلاقها لتناولت العمد وشبهه والخطأ فلزم أن يكون القصاص الذي هو عقوبة كاملة مشروعاً دون العمدية أيضاً بمقتضى إطلاقها، وكون الآية المذكورة مقيدة بوصف العمدية هو المدعي ها هنا، فعلى تقدير أن يكون قوله والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك حجة أخرى يلزم المصادرة على المطلوب، وأيضاً يلزم حينئذٍ أن لا يفيد المدعي ما جعله حجة أولى لأن نتيجتها على

الخطإ الدية فتعين أن يكون القصاص المذكور فيه فيما هو ضد الخطإ وهو العمد، ولما تعين بالعمد لا يعدل عنه لئلا تلزم الزيادة على النص بالرأي. ووجه التمسك بالسنة أن الألف واللام في قوله العمد قود للجنس، إذ لا معهود ينصرف إليه، ففيه تنصيص على أن حكم جنس العمد ذلك، فمن عدل عنه إلى غيره زاد على النص أثر ابن عباس رضي الله عنهما في قوله: العمد قود لا مال فيه إلى ذلك. ووجه المعقول أن المال لا يصلح موجباً في القتل العمد لعدم المماثلة، لأن الآدمي مالك مبتذل والمال مملوك مبتذل فأنى يتماثلان، بخلاف القصاص فإنه يصلح موجباً للتماثل، وفيه زيادة حكمة وهي مصلحة الإحياء زجراً للغير عن وقوعه فيه وجبراً للورثة فيتعين. فإن قيل: فكيف صلح موجباً في الخطإ والفائت فيه مثل الفائت في

قوله: **(والعقوبة المتناهية حجة أخرى)** أقول: فيه بحث قال المصنف: **(إلا أن له حق العدول إلى المال من غير مرضاة القاتل)** أقول: يجوز العدول إلى المال من غير مرضاة القاتل مراعاة لحق من له القصاص عندنا أيضاً كما ذكره صاحب الكفاية في مسألة قتل المكاتب الذي لم يترك وفاء في الباب الذي يلي هذا، ولا يرد نقضاً علينا لما نشير إلى دفع ذلك النقض فيما سيجيء في باب ما يوجب القصاص في مسألة قتل المكاتب قال المصنف: **(ولنا ما تلونا من الكتاب من قوله تعالى: ﴿كتب عليكم القصاص في القتلى﴾)** أقول: قال القاضي في تفسيره: احتجت الحنفية به على أن مقتضى العمد القود وحده، وهو ضعيف، إذ الواجب على التخيير يصدق عليه أنه

---

(١) هو المتقدم قبل حديث.
(٢) هو المتقدم قبل حديثين.

فيه عندنا وعند الشافعي رحمه الله تجب لأن الحاجة إلى التكفير في العمد أمسّ منها إليه في الخطأ فكان أدعى إلى

مقتضى تقريره أن العمدية كانت حكمة الزجر عليها أكمل. ولا يلزم منها أن لا تتحقق حكمة الزجر في غير العمد أصلاً فيجوز أن يجب القصاص في غير العمد أيضاً زجراً عنه فلا يتم المطلوب. فالصواب أنه قوله والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك من تتمة ما قبله والمجموع حجة واحدة، وأن لفظ ذلك في قوله لا شرع لها دون ذلك إشارة إلى تكامل الجناية كما ذهب إليه كثير من الشراح أو إلى توفر حكمة الزجر كما هو الأظهر والأقرب لا إلى العمدية كما زعمه صاحب العناية، فيفيد مجموع المقدمات أن القود الذي هو عقوبة متناهية لا يجب في غير العمد كما لا يخفى على ذي مسكة. ثم أقول: بقي في كلام المصنف هاهنا شيء. وهو أنه قد تقرر في كتب الأصول أن مرجع الأدلة العقلية المذكورة في علم الفقه بأسرها إلى القياس، وبهذا صححوا انحصار الأدلة الشرعية في أربعة، وهي الكتاب والسنة وإجماع الأمة والقياس. فقول المصنف هاهنا ولأن الجناية بها تتكامل إلخ راجع إلى القياس، وتقييد الكتاب بالقياس نسخ لإطلاق الكتاب بالقياس وهو غير جائز كما عرف في علم الأصول فليتأمل قوله: **(ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد أخذ المال فلا يتعين مدفعاً للهلاك)** يعني لا يتيقن بعدم قصد الوليّ لقتل القاتل بعد ما أخذ الدية لجواز أن يأخذها الولي من القاتل بدون رضاه ثم يقتله. وهذا جواب عن قول الشافعي لأنه تعين مدفعاً للهلاك، كذا في الشروح. أقول: للخصم أن يقول: لا شك أنه يتعين مدفعاً للهلاك شرعاً، فإن القاتل يصير محقون الدم بعده، حتى لو قتله الولي بعده يقتص منه، وكونه مدفعاً للهلاك شرعاً يكفي لأخذ الدية من القاتل بدون رضاه، إذ الظاهر أن القاتل لا يختار الهلاك المقرّر عند تحقق الخلاص عنه شرعاً بأداء المال بمجرد احتمال الهلاك عقلاً بعد أداء ذلك أيضاً، فلو اختاره القاتل وامتنع عن أداء المال يعدّ ذلك سفهاً وإلقاء نفسه في التهلكة فينبغي أن يحجر عليه. ثم أقول: لعل الأولى في الجواب عن قول الشافعي لأنه تعين مدفعاً للهلاك أن يقال: هذا تعليل في مقابلة النص من الكتاب والسنة وهو لا يجوز كما تقرر في علم الأصول. قال في العناية أخذاً من النهاية: قيل هذا الوهم موجود فيما إذا أخذ المال صلحاً وقد جاز. وأجيب بأن في الصلح المراضاة والقتل بعده ظاهر العدم

العمد. أجاب بقوله وفي الخطإ وجوب المال ضرورة صون الدم عن الإهدار، فإنه لما لم يمكن الاقتصاص فيه هدر الدم لو لم يجب المال والآدمي مكرّم لا يجب إهدار دمه، على أن ذلك ثابت بالنص على خلاف القياس، والعمد ليس في معناه حتى يلحق به. وقوله: **(ولا يتيقن بعدم قصد الوليّ بعد أخذ المال جواب عن قوله لأنه تعين مدفعاً للهلاك يجب وذلك لجواز**

واجب وكتب، ولذلك قيل التخيير بين الواجب وغيره ليس نسخاً لوجوبه انتهى. والمذهب عند الحنفية أنه نسخ، وموضع بيانه أصول الفقه قوله: **(جواب عن قوله لأنه تعين مدفعاً للهلاك)** أقول: فيه أنه مدفع للهلاك الشرعي بلا شبهة، وذلك يكفي لغرض الشافعي، لأن المراد هو كونه مدفعاً شرعياً للهلاك الشرعي والقتل المتسحق، فإن القاتل يكون محقون الدم بعده إذا قتله أحد الولي أو غيره يقتص فليتأمل قوله: **(وذلك لجواز أن يأخذ الولي المال من القاتل بدون رضاه)** أقول: ضمير رضاه راجع إلى الولي قوله: **(قيل هذا الوهم موجود فيما إذا أخذ المال صلحاً وقد جاز)** أقول: جواز الصلح عن دم العمد يثبت بالنص كما تقدم في كتاب الصلح، مع أن ما ذكره كلام على السند بما لا يفيد شيئاً قوله: **(وأجيب بأن في الصلح المراضاة والقتل بعده ظاهر العدم)** أقول: فيه بحث، لأن رضا القاتل لا يفيد، ورضا الولي موجود في محل النزاع، والأولى أن يكتفي في الجواب بقوله إن في الصلح المراضاة، إذ لا مانع من الأخذ فيه بعد ما وجد رضا القاتل، بخلاف ما نحن فيه قوله: **(والجواب أن الحديث خبر واحد فلا يعارض الكتاب والسنة المشهورة على ما ذكرنا)** أقول: على أنه يجوز أن يكون المراد ثبوت الخيار عند إعطاء القاتل الدية، وتخييره لا ينافي رضا الآخر في غير الواجب، وهذا كما يقال للدائن: خذ بدينك إن شئت دراهم وإن شئت دنانير وإن شئت عروضاً، ومعلوم أنه لا يأخذ غير حقه إلا برضا المديون، كذا في شرح الزيلعي، وإنما لم يلتفت الشارح لهذا الجواب لأنه يرد عليه لزوم عدم تعين القصاص لموجبية العمد حيث خير الولي بين القتل وأخذ الدية، غايته أن يكون أخذ الدية برضا القاتل، وعدم إفادته الشافعي لا يفيدنا، فإن مطلوبنا تعين القصاص لموجبيته تأمل قوله: **(فإنه شرع زجراً عما كان عليه أهل الجاهلية)** أقول: فيه بحث.

إيجابها. ولنا أنه كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العبادة فلا تناط بمثلها، ولأن الكفارة من المقادير، وتعينها في الشرع لدفع الأدنى لا يعينها لدفع الأعلى. ومن حكمه حرمان الميراث لقوله عليه الصلاة والسلام «لا ميراث

انتهى. وقال بعض الفضلاء: فيه بحث، لأن رضا القاتل لا يفيد ورضا الوليّ موجود في محل النزاع، والأولى أن يكتفي في الجواب بقوله إن في الصلح المراضاة، إذ لا مانع من الأخذ فيه بعد ما وجد رضا القاتل، بخلاف ما نحن فيه انتهى. أقول: بحثه ساقط، لأن قوله لأن رضا القاتل لا يفيد غير مسلم، فإن رضاه إذا اجتمع مع رضا الوليّ يفيد أمراً زائداً على رضا الوليّ وحده، فإن التصالح والتوافق من الجانبين يقطع مادة العداوة والبغض عادة، وعن هذا قال الله تبارك وتعالى ﴿والصلح خير﴾ النساء (١٢٨) بخلاف رضا الوليّ وحده فإنه الإنسان كثيراً ما يندم على فعل نفسه وحده فيرجع عنه فتم قول المجيب والقتل بعده ظاهر العدم، وقد كان صاحب النهاية أشار إلى ما قلنا حيث قال: في بسط الجواب المذكور: قلت لا كذلك لأنهما لما تصالحا برضاهما على المال كان وهم قصد القتل مندفعاً لأن للتراضي والتصالح تأثيراً في دفع الشر، قال الله تعالى: ﴿والصلح خير﴾ النساء (١٢٨) ولما ورد الخير انتفى الشر لا محالة للتضاد بينهما انتهى. ثم قال في العناية: وعورض بقوله عليه الصلاة والسلام «من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين: إن أحبوا قتلوا، وإن أحبوا أخذوا الدية»[1] وبأن الشرع أوجب القصاص لمعنى الانتقام وتشفي صدور الأولياء، بخلاف القياس فإن الجماعة تقتل بواحد والقياس لا يقتضيه، فكان لمعنى النظر للولي وذلك بتمكنه من القصاص وأخذ الدية، والجواب أن الحديث خبر واحد فلا يعارض الكتاب والسنة المشهورة على ما ذكرنا، وأن القصاص لمعنى النظر للولي على وجه خاص وهو الانتقام وتشفي الصدور، فإنه شرع زجراً عما كان عليه أهل الجاهلية من إفناء قبيلة بواحد، لا لأنهم كانوا يأخذون أموالاً كثيرة عند قتل واحد منهم، بل القاتل وأهله لو بذلوا ما ملكوه وأمثاله ما رضي به أولياء المقتول، فكان إيجاب المال في مقابلة القتل العمد تضييع حكمة القصاص انتهى. أقول: فيه نظر، إذ للخصم أن يقول: إنما يكون إيجاب المال في مقابلة القتل العمد تضييعاً لحكمة القصاص أن لو كان إيجابه في مقابلته على وجه التعيين، وأما إذا كان ذلك لا على وجه التعيين بل على وجه تخيير الولي بين أخذ المال وبين القصاص كما هو المذهب عند الخصم فلا تضييع لحكمة القصاص إذ للولي حينئذٍ القدرة على الانتقام وتشفي الصدور باختيار القصاص، فإذا لم يختره بل اختار المال كان تاركاً للانتقام باختياره فكان كما إذا عفا أو صالح في إسقاط ما قدر عليه من حقه قوله: **(ولنا أنه كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العبادة فلا تناط بمثلها)** قال تاج الشريعة: فإن قلت: يشكل بكفارة قتل صيد الحرم فإنه كبيرة محضة ومع هذا تجب فيه الكفارة. قلت: هو جناية على المحل، ولهذا لو اشترك حلالان في قتل صيد الحرم يلزم جزاء واحد، ولو كان جناية الفعل لوجب جزاءان، والجناية على المحل يستوي فيه العمد والخطأ انتهى. أقول: في الجواب بحث. أما أوّلاً فلأنه لا يدفع السؤال المذكور لأن مورده مضمون الدليل المزبور، وهو أن الكفارة لا تناط بما هو كبيرة محضة

أن يأخذ الوليّ المال من القاتل بدون رضاه ثم يقتله) قيل هذا الوهم موجود فيما إذا أخذ المال صلحاً وقد جاز. وأجيب بأن في الصلح المراضاة والقتل بعده ظاهر العدم، وعورض بقوله ﷺ «من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين: إن أحبوا قتلوا، وإن أحبوا أخذوا الدية» وبأن الشرع أوجب القصاص لمعنى الانتقام وتشفي صدور الأولياء، بخلاف القياس فإن الجماعة تقتل بواحد والقياس لا يقتضيه، فكان لمعنى النظر للولي وذلك بتمكنه من القصاص وأخذ الدية. والجواب أن الحديث خبر واحد

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١١٢ و ٦٨٨٠ ومسلم ١٣٥٥ وأبو داود ٤٥٠٥ والنسائي ٨/٣٨ وابن حبان ٣٧١٥ وأحمد ٢/٢٣٨ والبيهقي ٨/٥٢ من طرق كلهم من حديث أبي هريرة في خبر تحريم مكة مطولاً وفيه: ومن قتل له قتيل، فهو بخير النظرين إما أن يقتل، أو يفدي.
وأخرجه أبو داود ٤٥٠٦ وابن ماجه ٢٦٢٦ وأحمد ٢/١٨٣ من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال: لا يقتل مؤمن بكافر، ومن قتل مؤمناً متعمداً دفع إلى أولياء المقتول، فإن شاؤا قتلوه، وإن شاؤا أخذوا الدية. وإسناده حسن رجاله ثقات.

لقاتل»[1] قال: **(وشبه العمد عند أبي حنيفة أن يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما أجري مجرى السلاح)** وقال أبو يوسف ومحمد وهو قول الشافعي: إذا ضربه بحجر عظيم أو بخشبة عظيمة فهو عمد. وشبه العمد أن يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالباً لأنه يتقاصر معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة لا يقتل بها غالباً لما أنه يقصد بها غيره كالتأديب ونحوه فكان شبه العمد، ولا يتقاصر باستعمال آلة لا تلبث لأنه لا يقصد به إلا القتل كالسيف فكان عمداً موجباً

لا أصل المدعي وهو أنه لا كفارة في القتل العمد، فإذا سلم كون قتل صيد الحرم كبيرة محضة يلزم أن يشكل الدليل المزبور به سواء كان جناية الفعل أو جناية المحل، وكون الجناية على المحل يستوي فيه العمد والخطأ إنما يفيد لو أورد السؤال على أصل المدعي، فإنه يمكن الجواب عنه حينئذٍ بأن ما قلناه في جناية الفعل دون جناية المحل وقتل صيد الحرم من قبيل الثانية دون الأولى، وأما ثانياً فلأنه قد تقرر في كتب أصول الفقه أن الكفارة جزاء الفعل من كل الوجوه لا جزاء المحل أصلاً، فلو كان قتل صيد المحرم جناية على المحل لا جناية الفعل لزم أن لا تصلح الكفارة لكون الكفارة جزاء الفعل من كل الوجوه لا جزاء المحل أصلاً قوله: **(ولأن الكفارة من المقادير وتعيينها في الشرع لدفع الأدنى لا يدل على تعينها لدفع الأعلى)** هذا جواب عن قياس الشافعي وجوب الكفارة في العمد على وجوبها في الخطأ يعني أن تعين الكفارة في الشرع لدفع الذنب الأدنى وهو الخطأ لا يدل على تعينها لدفع الذنب الأعلى وهو العمد، فإن كم من شيء يتحمل الأدنى للقدرة عليه ولا يتحمل الأعلى للعجز عنه، كذا في النهاية وغيرها، قال صاحب العناية: فإن قال الشافعي قد دلّ الدليل على عدم اعتبار صفة العمدية وهو حديث واثلة ابن الأسقع قال: «أتينا رسول الله ﷺ بصاحب لنا قد استوجب النار بالقتل، فقال: أعتقوا عنه رقبة يعتق الله تعالى

فلا يعارض الكتاب والسنة المشهورة على ما ذكرنا، وأن القصاص لمعنى النظر للولي على وجه خاص وهو الانتقام وتشفي الصدور، فإنه شرع زجراً عما كان عليه أهل الجاهلية من إفناء قبيلة بواحد لا لأنهم كانوا يأخذون أموالاً كثيرة عند قتل واحد منهم، بل القاتل وأهله لو بذلوا ما ملكوه وأمثاله ما رضي به أولياء المقتول، فكان إيجاب المال في مقابلة القتل العمد تضييع

قوله: **(وقوله تعالى: ﴿ومن يقتل مؤمناً متعمداً﴾ الخ)** أقول: ذكر في الكتب الكلامية أن المراد هو المستحل لأن المؤمن بارتكاب الكبيرة لا يخلد في النار. ولك أن تقول: أريد بالخلود المكث الطويل، والله تعالى أعلم بمراده قال المصنف: **(وله قوله عليه الصلاة والسلام «ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا» الحديث)** أقول؛ قال ابن العز: الحديث حجة عليه لا له، فإن العصا لا يطلق إلا

---

(١) حسن لشواهده. أخرجه مالك ٢/ ٨٦٧ ح ١٠ وابن ماجه ٢٦٤٦ والبيهقي ٦/ ٢١٩ كلاهما عن يحيى بن سعيد عن عمرو بن شعيب أن أبا قتادة رجل من بني مُدلج قتل ابنه فأخذ منه عمر مائة من الإبل. وآخره: فقال عمر: أين أخو المقتول؟ سمعت رسول الله ﷺ يقول: ليس لقاتل ميراث.

قال البوصيري في الزوائد: إسناده حسن.

قلت: والصواب أنه مرسل. وبين ذلك البيهقي بقوله عقب روايته مع مرسل آخر: وهذه مراسيل جيدة يقوي بعضها بعضاً. وقد روي موصولاً من أوجه اهـ.

قلت: أخرجه الدارقطني ٤/ ٩٦. ٩٧ والبيهقي ٦/ ٢٢٠ كلاهما من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً: ليس للقاتل من الميراث شيء. وإسناده حسن. ومن وجه آخر أخرجه أبو داود ٤٥٦٤ عن عمرو به.

وأخرجه الترمذي ٢١٠٩ وابن ماجه ٢٦٤٥ و ٢٧٢٣٥ والدارقطني ٤/ ٩٦ والبيهقي ٦/ ٢٢٠ والديلمي ٤٦٩٢ كلهم من حديث أبي هريرة ومداره على إسحق بن أبي فروة. قال الترمذي: لا يصح. وإسحق تركه بعض أهل العلم. منهم أحمد بن حنبل.

وقال البيهقي: إسحق لا يحتج به إلا أن شواهده تقويه. ومن ذلك ما أخرجه أبو داود في مراسيله ٣٢٣ والبيهقي ٦/ ٢١٩ كلاهما عن الزهري عن ابن المسيب مرسلاً. وإسناده إلى سعيد قوي ومرسلات ابن المسيب جيدة يقبلها حتى الشافعي مع أنه يردُّ المرسل.

وأخرجه الدارقطني من وجه آخر عن ابن المسيب عن عمرَ مرفوعاً. سنن الدارقطني ٤/ ٩٦.

الخلاصة: هذا الحديث بمجموع هذه الطرق المرسلة، والموصولة يرقى إلى درجة الحسن والله أعلم.

فائدة: قال الترمذي عقب روايته: والعمل على هذا عند أهل العلم: أن القاتل لا يرث كان القتل عمداً أو خطأ وقال مالك: إن كان خطأ يرث.

للقود. وله قوله عليه الصلاة والسلام: «ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا، وفيه مائة من الإبل»[1] ولأن الآلة غير موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه، إذ لا يمكن استعمالها على غرة من المقصود قتله، وبه يحصل القتل غالباً فقصرت العمدية نظراً إلى الآلة، فكان شبه العمد كالقتل بالسوط والعصا الصغيرة. قال: **(وموجب ذلك على**

بكل عضو منها عضواً منه من النار»[2] وإيجاب النار إنما يكون بالقتل العمد، قلنا: لا نسلم لجواز أن يكون استوجبها بشبه العمد كالقتل بالحجر أو العصا الكبيرين. سلمناه لكنه لا يعارض إشاره قوله تعالى: ﴿ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها﴾ النساء (٩٣) فإن الفاء تقتضي أن يكون المذكور كل الجزاء، فلو أوجبنا الكفارة لكان المذكور بعضه وهو خلف انتهى. أقول: للخصم أن يقول: هذا مشترك الإلزام، إذ القصاص واجب في القتل العمد بالإجماع، فلو اقتضى الفاء أن يكون المذكور بعدها كل الجزاء لزم أن يكون القصاص أيضا مذكوراً في الجزاء مع أنه لم يذكر فيه وإن حمل الجزاء المذكور في الآية على الجزاء الأخروي فقط كما هو الظاهر من النظم الشريف. وقيل القصاص جزاء دنيوي فلهذا لم يذكر بعد الفاء فليكن الأمر كذلك في شأن الكفارة، ثم أقول: يمكن أن يجاب عنه بوجهين أحدهما أن وجوب القصاص عرف بآية أخرى وهي قوله تعالى ﴿كتب عليكم القصاص في القتلى﴾ البقرة: (١٧٨) فإن دلت إشارة قوله تعالى: ﴿ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها﴾ النساء (٩٣) على أن القصاص ليس من جزاء القتل العمد كالكفارة بمقتضى كون المذكور بعد الفاء كل الجزاء فقد دلت عبارة قوله تعالى ﴿كتب عليكم القصاص في القتلى﴾ على وجوب القصاص في القتل العمد. وقد تقرر في علم

حكمة القصاص، وإذا ثبت أن الأصل هو القصاص لم يجز المصير إلى غيره بغير ضرورة مثل أن يعفو أحد الأولياء فإنه تعذر الاستيفاء حينئذٍ، أو أن يكون محل القصاص ناقصاً بأن تكون يد قاطع اليد أقل أصبعاً وأمثال ذلك. وقوله: **(ولا كفارة فيه**

على ما لا يقتل غالباً، ولا تسمى الخشبة الكبيرة عصا بل جذعاً وأسطوانة ونحوهما، وعملها فوق عمل العصا فلا يلحق به انتهى. وجوابه أن العصا الكبيرة إذا ضرب بها عمد عندهما قال المصنف: **(والكفارة لشبهه بالخطأ)** أقول: وفيه أن تعينها لدفع الأدنى لا يعينها

---

(١) جيد. أخرجه أبو داود ٤٥٤٨ و ٤٥٤٧ والنسائي ٨/ ٤١ في القسامة. وابن ماجه ٢٦٢٧ وابن حبان ٦٠١١ والدارقطني ٣/ ١٠٤ـ ١٠٥ والبيهقي ٨/ ٤٥ من طرق عن خالد الحذّاء عن القاسم بن ربيعة عن عقبة بن أوس عن عبد الله بن عمرو بن العاص: أن النبي ﷺ قال: ألا أن دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط، والعصا. مائة من الإبل، منها أربعون في بطونها أولادها.

وأخرجه الشافعي ٢/ ١٠٨ وعبد الرزاق ٢/ ١٧٢ وابن أبي شيبة ٩/ ١٢٩ . ١٣٠ وأحمد ٢/ ١١ وأبو داود ٤٥٤٩ والنسائي ٨/ ٤٢ وابن ماجه ٢٦٢٨ والدارقطني ٣/ ١٠٥ والبيهقي ٨/ ٤٤ والبغوي ٢٥٣٦ من طرق عن علي بن زيد عن القاسم بن ربيعة عن عبد الله بن عمر.

وروى البيهقي ٨/ ٦٩ بإسناده عن ابن معين وقد سئل عن حديث علي بن زيد فقال: ليس بشيء وإنما هو حديث خالد الحذاء. عن عبد الله بن عمرو بن العاص قال الهيثمي في المجمع ١/ ٢٩٥: رجاله رجال الصحيح إلا أن مكحولاً لم يسمع من أم أيمن.

(٢) حسن غريب. أخرجه أبو داود ٣٩٦٤ والنسائي في الكبرى ٤٨٩١ وأحمد ٣/ ٤٩٠ . ٤٩١ و ٤/ ١٠٧ والطبراني في الكبير ٢٢ (٢١٨) (٢٢١) وابن حبان ٤٣٠٧ والحاكم ٢/ ٢١٢ والبيهقي ٨/ ١٣٢ . ١٣٣ من طرق عن إبراهيم بن أبي عبلة عن الغريف بن عياش بن فيروز الديلمي عن واثلة به.

ورجاله ثقات وأخرجه النسائي ٤٨٩٠ عن ابن أبي عبلة عن رجل قال: قلنا لواثلة حدّثنا حديثاً. . . فذكره وأخرجه الحاكم ٢/ ٢١٢ . ٢١٣ عن واثلة

قلت: ومداره عند الأكثر على الغريف بن فيروز وهو مقبول كما في التقريب.

وبعضهم جعله عن عبد الله بن فيروز الديلمي وهذا ثقة من كبار التابعين. قاله في التقريب.

تنبيه: قوله قد استوجب النار بالقتل.

هذا اللفظ ليس في رواية أصحاب السنن، أو الحاكم، وابن حبان. وإنما هو عندكم: قد أوجب. وهو بهذه الزيادة غريب وأخرجه البخاري ٢٥١٧ و ٦٧١٥ ومسلم ١٥٠٩ والترمذي ١٥٤١ والنسائي في الكبرى ٤٨٧٤ و ٤٨٧٥ و ٤٨٧٦ وابن حبان ٤٣٠٨ وابن الجارود ٩٦٨ والبيهقي ١٠/ ٢٧١ من طرق كلهم من حديث أبي هريرة مرفوعاً: أيما رجل أعتق امرءاً مسلماً استنقذ الله بكل عضو منه عضواً من النار. هذا لفظ البخاري. وليس عند أحد تلك الزيادة. وهي: قد استوجب النار بالقتل. فهو بهذه الزيادة غريب. والصواب ما في الصحيحين بدونها والله أعلم.

القولين الإثم) لأنه قتل وهو قاصد في الضرب **(والكفارة)** لشبهه بالخطأ **(والدية مغلظة على العاقلة)** والأصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة اعتباراً بالخطأ، وتجب في ثلاث سنين لقضية

الأصول أن عبارة النص ترجح على إشارة النص عند التعارض فعملنا بعبارة قوله تعالى ﴿كتب عليكم القصاص في القتلى﴾ وثانيهما أن القصاص جزاء المحل من وجه وجزاء الفعل من وجه آخر كما بين في التوضيح وغيره من كتب الأصول، وأما الكفارة فجزاء الفعل من كل الوجوه على ما تقرر في كتب الأصول أيضا. والظاهر من الجزاء المضاف إلى الفاعل في قوله تعالى ﴿ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها﴾ النساء: (٩٣) هو جزاء فعله من كل الوجوه، فلا يلزم أن يكون القصاص مذكوراً فيه، بخلاف الكفارة لو أوجبناها، وقال صاحب النهاية ومعراج الدراية ها هنا نقلاً عن المبسوط والأسرار: ولا وجه لحمل الآية على المستحل لأن المذكور في الآية جزاء القتل العمد، وإذا حمل على المستحل كان المذكور جزاء الردة، ولأن زيادة الاستحلال زيادة على الشرط المنصوص فيكون نسخاً وأما تأويل الخلود فعلى معنى أنه لو عامله بعدله أو على معنى تطويل المدة مجازاً يقال خلد فلان في السجن إذا طالت المدة انتهى. أقول: ليس شيء من ذينك الدليلين المسوقين لعدم وجه حمل الآية المذكورة على المستحل بمستقيم. أما الأول منهما فلأن كون المذكور في هاتيك الآية جزاء قتل العمد مما لا ينافيه كونه جزاء الردة أيضاً على تقدير حملها على المستحل، إذ يصير المذكور فيها على ذلك التقدير جزاء القتل العمد المخصوص وهو القتل بطريق الاستحلال والعياذ بالله، ولا شك أن القتل بهذا الطريق مستلزم للردة، ففي الآية إذ ذاك بيان جزاء الردة التي سببها القتل المخصوص، وفي التعبير في الشرط بمن يقتل مؤمناً متعمداً دون من يرتد عن دين الإسلام فائدة التنبيه على سببية قتل المؤمن بطريق الاستحلال للارتداء الذي جزاؤه جهنم على الخلود، وهذا معنى لطيف لا يخفى، وأما الثاني منهما فلأنه لا يلزم من حمل الآية المزبورة على المستحل زيادة الاستحلال على الشرط المنصوص، بل يكون الاستحلال حينئذٍ مدلول نفس الشرط المنصوص بأن يكون المراد من ﴿متعمداً﴾ النساء (٩٣) معنى مستحلاً مجازاً بقرينة ذكر الخلود، كما في الجزاء أن أئمتنا حملوا متعمداً على هذا المعنى في قول النبيّ ﷺ «من ترك الصلاة متعمداً فقد كفر» وبأن يكون معنى من يقتل مؤمناً من يقتله لكونه مؤمناً كما ذكره العلامة التفتازاني في شرحه للعقائد، فيكون مداره على قاعدة أن ترتيب الحكم على المشتق يقتضي عليه المأخذ. ولا شك أن قتل المؤمن لكونه مؤمناً يقتضي استحلال قتله فيحصل الدلالة على الاستحلال من نظم النص المزبور فلا يلزم النسخ أصلاً، والعجب من هؤلاء الأجلاء، هم أصحاب المبسوط والأسرار والنهاية ومعراج الدراية أنه كيف خفي عليهم ما ذكرنا. قال القاضي البيضاوي في تفسير الآية المذكورة: وهو عندنا إما مخصوص بالمستحل له كما ذكره عكرمة وغيره، ويؤيده «أنه نزل في مقيس بن حبابة وجد أخاه هشاماً في بني النجار ولم يظهر قاتله، فأمرهم رسول الله ﷺ أن يدفعوا إليه ديته فدفعوا، ثم حمل على مسلم فقتله ورجع إلى مكة مرتداً»[1]. أو المراد بالخلود المكث

عندنا) أي في القتل العمد سواء وجب فيه القصاص أو لم يجب كالأب إذا قتل ابنه عمداً. وعند الشافعي رحمه الله تجب لأن الحاجة إلى التكفير في العمد أمس منها إليه في الخطإ لأنه لستر الذنب والذنب في العمد أعظم **(ولنا أنه كبيرة محضة)** وما هو كذلك لا يكون سبباً لما فيه معنى العبادة والكفارة فيها ذلك وموضعه أصول الفقه وقوله: **(ولأن الكفارة)** جواب عن

لدفع الأعلى كما سبق آنفاً قال المصنف: **(والأصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة اعتباراً بالخطأ)** أقول: الأصل في وجوب الدية على العاقلة حديث حمل بن مالك على ما سيأتي في المعاقل، والقتل فيه كان شبه عمد، وفي

---

(١) مقطوع. قال السيوطي في الدر المنثور ٢/ ١٩٥: أخرجه ابن جريج ومن طريقه ابن المنذر كلاهما عن عكرمة قال: . . . فذكره. وأخرجه ابن أبي حاتم عن سعيد بن جبير. فذكره اهـ. قلت: فهذا الأثر لا يقال مثله بالرأي وإنما سمعه عكرمة وابن جبير من الصحابة والله أعلم.

عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وتجب مغلظة، وسنين صفة التغليظ من بعد إن شاء الله تعالى **(ويتعلق به حرمان الميراث)** لأنه جزاء القتل، والشبهة تؤثر في سقوط القصاص دون حرمان الميراث. ومالك وإن أنكر معرفة شبه

الطويل، فإن الدلائل متظاهرة على أن عصاة المؤمنين لا يدوم عذابهم، وإلى هنا لفظ القاضي قوله: **(وموجب ذلك على القولين الإثم لأنه قتل وهو قاصد في الضرب والكفارة لشبهه الخطإ)** أقول: الظاهر المتبادر من قوله لشبهه بالخطأ قياس وجوب الكفارة في شبه العمد على وجوبها في الخطأ أو إلحاق وجوبها في شبه العمد دلالة بوجوبها في الخطأ، وأياً ما كان يرد عليه أن يقال إن تعينها لدفع الذنب الأدنى في الشرع لا يعينها لدفع الذنب الأعلى كما سبق في الجواب عن قياس الشافعي وجوب الكفارة في العمد على وجوبها في الخطأ، إذ لا شك أن شبه العمد أيضا أعلى ذنباً من الخطأ المحض، فإن الجاني في الأول قاصد في الضرب بخلاف الثاني، وعن هذا قالوا في الأول وموجبه المأثم وفي الثاني ولا إثم فيه فالأولى في بيان وجوب الكفارة في شبه العمد ما ذكره صاحب الكافي حيث قال: والكفارة لأنه خطأ نظراً إلى الآلة، فدخل تحت قوله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة﴾ النساء الآية (٩٢) انتهى. قوله: **(والأصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة اعتباراً بالخطإ)** أقول: مدلول قوله اعتباراً بالخطأ أن يكون الأصل في وجوب الدية على العاقلة هو الخطأ، وأن

قياس الشافعي وهو واضح. فإن قيل: هب أن القياس لا يصح فليلحق دلالة لأنهما مثلان في المناط وهو الستر ولا معتبر لصفة العمدية كالمحرم إذا قتل الصيد عمداً فإنه كقتله خطأ. فالجواب أن المماثلة ممنوعة، فإن ذنب العمد مما لا يستر بها لعدم صلاحيته لعلتها كما مر. فإن قيل: قد دل الدليل على عدم اعتبار صفة العمدية وهو حديث واثلة بن الأسقع «أتينا رسول الله ﷺ بصاحب لنا قد استوجب النار بالقتل، فقال: اعتقوا عنه رقبة يعتق الله بكل عضو منها عضواً منه من النار» وإيجاب النار إنما يكون بالقتل العمد. قلنا: لا نسلم لجواز أن يكون استوجبها بشبه العمد كالقتل بالحجر أو العصا الكبيرين. سلمناه لكنه لا يعارض إشارة قوله تعالى: ﴿ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها﴾ فإن الفاء تقتضي أن يكون المذكور كل الجزاء، فلو أوجبنا الكفارة لكان المذكور بعضه وهو خلف. قال: **(وشبه العمد عند أبي حنيفة الخ)** اختلفوا في تفسير هذا النوع من القتل، فقال أبو حنيفة رحمه الله: شبه العمد هو أن يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا أجري مجراه سواء كان الهلاك به غالباً كالحجر والعصا الكبيرين ومدقة القصار أو لم يكن كالعصا الصغيرة. وقالا: هو أن يتعمد الضرب بما لا يحصل الهلاك به غالباً كالعصا الصغيرة إذا لم يوال في الضربات. فأما إذا والى فيها فقيل شبه عمد عندهما وقيل عمد محض، قالا: سمي هذا النوع شبه العمد لاقتصار معنى العمد فيه وإلا لكان عمداً، واقتصاره إنما يتصوّر في استعمال آلة لا يقتل بها غالباً كالعصا الصغيرة فإنه يقصد باستعمالها غير القتل كالتأديب ونحوه، لا في استعمال لا تلبث فإن لا يقصد باستعمالها إلا القتل ولأبي حنيفة رحمه الله قوله ﷺ **(ألا إن قتيل خطإ العمد قتيل السوط والعصا، وفيه مائة من الإبل)** رواه النعمان بن بشير رضي الله عنه. ووجه الاستدلال أنه عليه الصلاة والسلام جعل قتيل السوط والعصا مطلقاً شبه عمد فتخصيصه به بالصغيرة إبطال للإطلاق وهو لا يجوز، ولأن العصا الكبيرة والصغيرة تساويا في كونهما غير موضوعتين للقتل ولا مستعملتين له، إذ لا يمكن الاستعمال على غرة من المقصود قتله، وبالاستعمال على غرة يحصل القتل غالباً، وإذا تساويا والقتل بالعصا الصغيرة شبه عمد فكذا بالكبيرة. وقوله: **(وموجب ذلك)** أي موجب شبه العمد على القولين: يعني قول أبي حنيفة وقولهما **(الإثم لأنه قتل وهو قاصد في الضرب)** على ما مر من تفسيره **(والكفارة لشبهه بالخطإ والدية مغلظة على العاقلة. والأصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة)** احترز بقوله لا بمعنى يحدث من بعد عما تصالحوا فيه على الدية وعن قتل الوالد ولده عمداً عن إقرار القاتل بالقتل خطأ وقد كان قتله عمداً فإن في هذه

معراج الدراية روى الطحاوي عن المغيرة بن شعبة «أن امرأتين ضربت إحداهما الأخرى بعمود فسطاط، فقضى عليه الصلاة والسلام عليها بالدية على عصبة القاتلة» متفق عليه، وهو حديث حمل بن مالك في الغرة كما يجيء انتهى، فكيف يقاس بالخطأ قوله: **(وقد كان قتله عمداً)** أقول: بأن ظهر ذلك بعد أخذ الدية مثلاً قال المصنف: **(والشبهة تؤثر في ثبوت القصاص دون حرمان الميراث)** أقول: صرح المصنف في آخر الكتاب أن القصاص يجوز أن يثبت مع الشبهة فلا بد من التلفيق.

العمد فالحجة عليه ما أسلفناه. قال: **(والخطأ على نوعين: خطأ في القصد، وهو أن يرمي شخصاً يظنه صيداً فإذا هو آدمي، أو يظنه حربياً فإذا هو مسلم. وخطأ في الفعل، وهو أن يرمي غرضاً فيصيب آدمياً، وموجب ذلك الكفارة والدية على العاقلة)** لقوله تعالى: **﴿فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله﴾** الآية، وهي على عاقلته في ثلاثة

يكون وجوبها عليهم في شبه العمد ثابتاً بالقياس على الخطأ، وليس ذلك بواضح، إذ المصنف قال في أوائل كتاب المعاقل: والأصل في وجوبها على العاقلة قوله عليه الصلاة والسلام في حديث حمل بن مالك رضي الله عنه للأولياء «قوموا فدوه»[1] انتهى. وقد كانت الجناية في حديث حمل بن مالك شبه عمد لا خطأ فإن تفصيله على ما ذكره الشراح قاطبة في فصل الجنين من كتاب الديات أنه روى عن حمل بن مالك قال «كنت بين ضربتين فضربت إحداهما الأخرى بعمود فسطاط أو بمسطح خيمة فألقت جنيناً ميتاً، فاختصم أولياؤها إلى رسول الله ﷺ، فقال عليه الصلاة والسلام لأولياء الضاربة: دوه، فقال أخوها: أندي من لا صاح ولا استهل، ولا شرب ولا أكل، ودم مثله يطل، فقال عليه الصلاة والسلام: أسجع كسجع الكهان» وفي رواية «دعني وأراجيز العرب قوموا فدوه»[2] وهكذا ذكر في المبسوط أيضا، ولا ريب أن قضاء رسول الله ﷺ بالدية على العاقلة على ما ذكروا في تفصيل ذلك في الحديث إنما كان بجناية شبه العمد دون الخطأ، فكان وجوب الدية على العاقلة في شبه العمد ثابتاً بالنص دون القياس، وكان الأصل في هذا الحكم هو شبه العمد لا الخطأ فتأمل قوله: **(ومالك رحمه الله تعالى وإن أنكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه ما أسلفناه)** قال جمهور الشراح: أراد به قوله عليه الصلاة والسلام «ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا»[3] وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك: ولكن المعهود من المصنف في مثله أن يقول: ما

الصورة تجب الدية على القاتل في ماله. وقوله: **(لقضية عمر رضي الله عنه)** يعني ما روي عنه أنه قضى بالدية على العاقلة في ثلاث سنين، والمروى عنه كالمروى عن رسول الله ﷺ لأنه مما لا يعرف بالرأي. وقوله: **(فالحجة عليه ما أسلفناه)** قيل أراد قوله ﷺ «ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا» الحديث، ولكن المعهود من المصنف رحمه الله في مثله أن يقول ما روينا والحق أن يقال: إنما قال أسلفنا نظراً إلى الحديث والمعنى المعقول. قال: **(والخطأ على نوعين)** إنما انحصر الخطأ في نوعين، لأن الرمي إلى شيء مثلاً مشتمل على فعل القلب وهو القصد والجارحة وهو الرمي، فإن اتصل الخطأ بالأول فهو الأول، وإن اتصل بالثاني فهو الثاني. وقوله: **(لما بيناه)** إشارة إلى قوله وتجب في ثلاث سنين لقضية عمر رضي الله عنه **(ولا إثم فيه في الوجهين)** أي النوعين لقوله ﷺ «رفع عن أمتي الخطأ» الحديث. وقوله: **(ويحرم عن الميراث لأن فيه**

---

(١) هو الآتي.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٦٩١٠ ومسلم ١٦٨١ من وجوه وأبو داود ٤٥٧٦ والنسائي ٨/ ٤٨ والدارمي ٢/ ١٩٧ وابن الجارود ٧٧٦ وابن حبان ٦٠٢٠ وأحمد ٢/ ٥٣٥ والبيهقي ٨/ ١١٤ من طرق كلهم من حديث أبي هريرة.

وأخرجه مسلم ١٦٨٢ وأبو داود ٤٥٦٨ والترمذي وكذا أخرجه ابن حبان ١٤٥٤ والحاكم ١/ ٦. ٧ وصححه ووافقه الذهبي.

وقال الترمذي: حسن صحيح غريب.

وأخرجه مسلم ٨٢ من وجوه وأبو داود ٤٦٧٨ والترمذي ٢٦٢٠ و ٢٦١٨ والنسائي ١/ ٢٣٢ والدارمي ١/ ٢٨٠ وابن ماجه ١٠٧٨ وابن أبي شيبة ١١/ ٣٤ وأحمد ٣/ ٣٧٠. ٣٨٩ وابن حبان ١٤٥٣ والدارقطني ٢/ ٥٣ والبيهقي ٣/ ٣٦٦ والبغوي ٣٤٧ والقضاعي ٢٦٧ من طرق كلهم من حديث جابر مرفوعاً: إن بين الرجل وبين الشرك والكفر، ترك الصلاة.

هذا لفظ مسلم وغيره. وكرره بدون لفظ: إن. و: الرجل.

وأخرجه أحمد ٦/ ٤٢١ من حديث مكحول أم أيمن مرفوعاً: من ترك الصلاة متعمداً، فقد برئت منه ذمة الله.

١٤١١ والدارمي ٢/ ١٩٦ والنسائي ٨/ ٥١ والطيالسي ٦٩٦ والطحاوي ٣/ ٢٠٥. ٢٠٦ وابن الجارود ٧٧٨ وابن حبان ٦٠١٦ من طرق كلهم من حديث المغيرة بن شعبة به. وليس فيه لفظ «قوموا فدوه» وإنما عجزه عند مسلم وغيره «وجعل عليهم الدية» والمعنى واحد وهو وجوب الدية.

وطلّ: معناه أهدر. يقال: طلّ السلطان الدم أي أهدره.

(٣) تقدم مستوفياً قبل أربعة أحاديث وإسناده جيد.

سنين، لما بيناه **(ولا إثم فيه)** يعني في الوجهين. قالوا: المراد إثم القتل، فأما في نفسه فلا يعرى عن الإثم من

رويناه، وقال: والحق أن يقال إنما قال أسلفناه نظراً إلى الحديث والمعنى المعقول انتهى. أقول: فيه كلام. وهو أن حاصل المعنى المعقول على ما قرره صاحب العناية فيما قبل قياس العصا الكبيرة على العصا الصغيرة في كونهما غير موضوعتين للقتل ولا مستعملتين له، ومالك منكر كون القتل بالعصا الصغيرة أيضا شبه عمد، فإنه قال: لا أدري ما شبه العمد، وإنما القتل نوعان: عمد، وخطأ، إذ لا واسطة بينهما في سائر الأفعال فكذا في هذا الفعل فكيف يكون المعنى المعقول المذكور حجة عليه قوله: **(والخطأ على نوعين: خطأ في القصد، وهو أن يرمي شخصا يظنه صيداً فإذا هو آدمي، أو يظنه حربيا فإذا هو مسلم، وخطأ في الفعل وهو أن يرمي غرضاً فيصيب آدمياً)** أقول: في عبارة الكتاب ها هنا تسامح، فإنه قال في تفسير الخطأ في القصد: وهو أن يرمي شخصا يظنه صيدا الخ. وقال في تفسير الخطأ في الفعل: وهو أن يرمي غرضاً فيصيب آدمياً، ولا يخفى أن كل واحد من نوعي الخطأ غير منحصر بما ذكره في تفسيره، بل الذي ذكره في تفسير كل واحد منهما جزئي من جزئياته فكان أخص منه جداً فلم يصلح لأن يكون تفسيراً له، فكان الظاهر أن يقال في كل واحد منهما، وهو نحو أن يرمي أو هو كأن يرمي إشارة إلى العموم، كما تداركه صاحب الوقاية حيث قال: وفي الخطأ قصداً كرميه مسلماً ظنه صيداً أو حربيا وفعلاً كرميه غرضاً فأصاب آدمياً انتهى. ثم إن صدر الشريعة قال في شرح الوقاية: الخطأ ضربان: خطأ في القصد، وخطأ في الفعل، فالخطأ في الفعل أن يقصد فعلا فصدر منه فعل آخر، كما إذا رمى الغرض فأخطأ وأصاب غيره والخطأ في القصد أن لا يكون الخطأ في الفعل وإنما يكون الخطأ في قصده، فإنه قصد بهذا الفعل حربياً لكن أخطأ في ذلك القصد حيث لم يكن ما قصده انتهى، وردّ عليه صاحب الإصلاح والإيضاح حيث قال: من قال الخطأ في الفعل أن لا يصدر عنه الفعل الذي قصده بل يصدر فعل آخر فكأنه زعم أنه شرط في الخطأ في الفعل أن لا يصدر عنه الفعل الذي قصده بل يصدر عنه فعل آخر وليس كذلك، فإنه إذا رمى غرضاً فأصابه ثم رجع عنه أو تجاوز عنه إلى ما وراءه فأصاب رجلاً يتحقق الخطأ في الفعل، والشرط المذكور مفقود في الصورتين، ثم إنه أخطأ من وجه آخر حيث اعتبر القصد فيه وذلك غير لازم، فإنه إذا سقط من يده خشبة أو لبنة فقتل رجلاً يتحقق الخطأ في الفعل ولا قصد فيه انتهى، أقول: كل من وجهي رده ساقط جداً، أما الأول فلأن صدر الشريعة لم يشترط في الخطأ في الفعل أن لا يصدر عنه الفعل الذي قصده، بل قال: فالخطأ في الفعل أن يقصد فعلا فصدر عنه فعل آخر، وهذا أعم من أن يصدر عنه الفعل الذي قصده كما صدر عنه فعل آخر، ومن أن لا يصدر عنه الفعل الذي قصده. مثال الأول ما ذكره الرادّ من الصورتين، ومثال الثاني وهو الأكثر وقوعاً ما ذكره صدر الشريعة بقوله كما إذا رمى الغرض فأخطأ، بل يجوز أن يكون قوله كما إذا رمى الغرض فأخطأ عاماً كصورتي صذور ما قصده أيضا وعدم صدوره كما لا يخفى على ذي فطانة. وأما الثاني فلأن تحقق الخطأ في الفعل في صورة إن سقط من يده خشبة أو لبنة فقتل رجلاً ممنوع، بل المتحقق هناك ما أجري مجرى الخطأ كالنائم ينقلب على رجل فيقتله لا نفس الخطأ إذ لا بد فيه من صدور فعل عنه باختياره، وفي صورة إن سقط من يده شيء فقتل رجلاً لم يصدر عنه فعل باختياره بل وقع السقوط بفعله لا باختياره فصار لا محالة من قبيل ما أجري مجرى الخطأ، والكلام هنا في نفس الخطأ لا فيما أجري مجرى الخطأ

إثما) بدليل وجوب الكفارة، والحرمان يجب بأنواع القتل فيما هو جناية، قيل على المورّث تضمنت تهمة الاستعجال على الميراث، وهذا كذلك لاحتمال أنه قصده، إلا أنه أظهر الخطأ من نفسه، وقد ذكرنا ذلك في شرح الرسالة ومختصر الضوء في الفرائض مستوفى بتأييد الله تعالى. وقوله: **(بخلاف ما إذا تعمد)** متصل بقوله وموجب ذلك الكفارة والدية. وصورة ذلك رجل تعمد أن يضرب يد رجل فأخطأ فأصاب عنقه فقتله فهو عمد فيه القود. ولو أراد يد رجل فأصاب عنق غيره وأبانه فهو خطأ، وما أجري مجرى الخطأ مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله لأن النائم لا يوصف فعله بالعمد ولا بالخطأ، إلا أنه

حيث ترك العزيمة والمبالغة في التثبت في حال الرمي، إذ شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى **(ويحرم عن الميراث)** لأن فيه إثماً فيصح تعليق الحرمان به، بخلاف ما إذا تعمد الضرب موضعاً من جسده فأخطأ فأصاب موضعاً آخر فمات حيث يجب القصاص، لأن القتل قد وجد بالقصد إلى بعض بدنه وجميع البدن كالمحل الواحد. قال: **(وما أجري مجرى الخطأ مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله فحكمه حكم الخطأ في الشرع، وأما القتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه، وموجبه إذا تلف فيه آدمي الدية على العاقلة)** لأنه سبب التلف وهو متعدّ فيه فأنزل موقعاً دافعاً فوجبت الدية **(ولا كفارة فيه ولا يتعلق به حرمان الميراث)** وقال الشافعي: يلحق بالخطإ في أحكامه، لأن الشرع أنزله قاتلاً. ولنا أن القتل معدوم منه حقيقة فألحق به في حق الضمان فبقي في حق غيره على الأصل، وهو إن كان يأثم بالحفر في غير ملكه لا يأثم بالموت على ما قالوا، وهذه كفارة ذنب القتل وكذا الحرمان بسببه **(وما يكون شبه عمد في النفس فهو عمد فيما سواها)** لأن إتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة، وما دونها لا يختص إتلافه بآلة دون آلة.

فإنه قسم آخر من الأقسام الخمسة للجناية سيأتي ذكره مستقلاً فيما بعد قوله: **(ولا إثم فيه: يعني في الوجهين)** أقول: كان الأولى للمصنف أن يقول: يعني في كل واحد من الوجهين، إذ يحصل حينئذٍ إصلاح إفراد الضمير أيضا.

كالخطأ في الأحكام لأن المقتول مات بثقله فكأنه مات بفعله. وقوله: **(لأن الشرع أنزله قاتلاً)** يعني في حق الضمان فكذا في الكفارة والحرمان. ولنا أن الكفارة تجب بالقتل وهو معدوم منه حقيقة لعدم اتصال فعله به، وإنما ألحق به في حق الضمان على خلاف القياس صيانة للدماء عن الهدر فيبقي في حق غيره على الأصل. فإن قيل: الحافر في غير ملكه يأثم وما فيه إثم من القتل يصح تعليق الحرمان به كما ذكرتم في الخطإ. أجاب بقوله: **(وهو إن كان يأثم بالحفر في غير ملكه)** أي الإثم الحاصل بالقتل يصبح تعليق الحرمان به، وما ذكرتم ليس كذلك فإن إثمه إثم الحفر لا الموت. وقوله: **(وما يكون شبه عمد في النفس فهو عمد فيما سواها)** يعني ليس فيما دون النفس شبه عمد إنما هو عمد أو خطأ **(لأن إتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة)** فإن إتلاف النفس لا يقصد إلا بالسلاح وما جرى مجراه، وأما ما دونها فإنه يقصد إتلافه بغيره كما يقصد به؛ ألا ترى أن فقء العين كما يقصد بالسكين يقصد بالسوط والعصا الصغيرة.

قال المصنف: **(لأن فيه إثماً فيصح تعليق الحرمان به)** أقول: الأظهر أن يقول: لأنه قاتل، وإلا فمجرد وجود الإثم لا يوجد الحرمان فلا بد من نوع تكلف يعرف من الكفاية.

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه

قال: (**القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأبيد إذا قتل عمدا**) أما العمدية فلما بيناه، وأما حقن الدم على التأبيد فلتنتفي شبهة الإباحة وتتحقق المساواة. قال: (**ويقتل الحرّ بالحر والحرّ بالعبد**) للعمومات. وقال الشافعي رحمه الله: لا يقتل الحرّ بالعبد لقوله تعالى: ﴿**الحرّ بالحرّ والعبد بالعبد**﴾ ومن ضرورة هذه المقابلة أن لا يقتل حرّ بعبد، ولأن مبنى القصاص على المساواة وهي منتفية بين المالك والمملوك ولهذا لا يقطع طرف الحرّ

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه

لما فرغ من بيان أنواع القتل شرع في تفصيل ما يوجب القصاص من القتل وما لا يوجبه في باب على حدة قوله: (**أما العمدية فلما بيناه**) من قوله عليه الصلاة والسلام «العمد قود»[1] ومن أن الجناية بها تتكامل، كذا في العناية وغاية البيان. وقال بعض الفضلاء: ومن قوله تعالى ﴿كتب عليكم القصاص في القتلى﴾ البقرة (١٧٨) على ما مر في وجه كون موجب القتل القود عيناً اهـ. أقول: فيه نظر، لأن قوله تعالى: قوله: ﴿كتب عليكم القصاص في القتلى﴾إنما يدل على وجوب القصاص في القتل. وأما كون وجوب القصاص في القتل العمد خاصة فلا تدل عليه الآية المذكورة وحدها لإطلاقها، وإنما يدل عليه الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام «العمد قود» والدليل المعقول كما أفصح عنه المصنف فيما قبل حيث قال: والقود لقوله تعالى: ﴿كتب عليكم القصاص في القتلى﴾ وقال: إلا أنه تقيد بوصف العمدية لقوله عليه الصلاة والسلام «العمد قود»[2] أي موجبه، ولأن الجناية بها تتكامل الخ، فكيف يتصوّر أن يندرج قوله تعالى ﴿كتب عليكم﴾ الخ في قول المصنف ها هنا أما العمدية فلما بيناه كما يقتضيه قول ذلك البعض، ومن قوله تعالى ﴿كتب عليكم القصاص في القتلى﴾ تبصر قوله: (**وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الإباحة**) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام: فإن قال الشافعي: جاز أن تكون شبهة الإباحة مانعة وهي ثابتة لأن الرق أثر الكفر وحقيقة الكفر تمنع منه كما بين المسلم والمستأمن فكذا أثره. أجاب بقوله وجريان القصاص ومعناه لا يصلح ذلك مانعاً، إذ لو صح لما جرى بين العبدين كما لا يجري بين

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجب

لما فرغ من بيان أقسام القتل وكان من جملتها العمد وهو قد يوجب القصاص وقد لا يوجبه احتاج إلى تفصيل ذلك في باب على حدة. قال: (**القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأبيد الخ**) هذه ضابطة كلية لمعرفة من يجب له القصاص، وحقن الدم منعه أن يسفك. وقوله: (**على التأبيد**) احتراز عن المستأمن، فإن في دمه شبهة الإباحة بالعود إلى دار الحرب المزيلة للمساواة المنبىء عنها القصاص، ولا بد من صفة العمدية لما بينا من قوله ﷺ «العمد قود» ومن أن الجناية بها تتكامل، وفيه بحث من أوجه: الأول أن العفو مندوب إليه وذلك ينافي وصف القصاص بالوجوب. الثاني أن حقن الدم على التأبيد غير متصوّر لأن أنهى ما يتصور منه أن يكون للمسلم في دار الإسلام وهو يزول بالارتداد والعياذ بالله تعالى. الثالث أنها منقوضة بمسلم قتل ابنه المسلم فإنها موجودة فيه ولا قصاص. الرابع إن قيد التأبيد لثبوت المساواة، وإذا قتل المستأمن مسلماً

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه

قوله: (**لما بينا من قوله عليه الصلاة والسلام**) أقول: ومن قوله تعالى: ﴿كتب عليكم القصاص في القتلى﴾ على ما مر في وجه كون موجب القتل القود عيناً قوله: (**والجواب عن الأول أن المراد بالوجوب ثبوت حق الاستيفاء، ولا منافاة بينه وبين العفو**) أقول: لا يخفى أن ما ذكره مجازي لا ينبغي ارتكابه إلا لضرورة، ولا ضرورة إذ يجوز أن يقال: إنه واجب على الأئمة لا يحل لهم أن يتركوه إذا أراد ولي الدم الاستيفاء، أو يقال: هو واجب على القاتل إذا لم يسلم نفسه عند مطالبة الولي بالقصاص يأثم، وقد فسر بهذين الوجهين

---

(١) تقدم مستوفياً في أول هذا الباب.

(٢) هو المتقدم.

بطرفه، بخلاف العبد بالعبد لأنهما يستويان، وبخلاف العبد حيث يقتل بالحرّ لأنه تفاوت إلى نقصان، ولنا أن القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين وبالداء ويستويان فيهما، وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الإباحة، والنص تخصيص بالذكر فلا ينفي ما عداه. قال: **(والمسلم بالذمي)** خلافا للشافعي له قوله عليه

المستأمنين وليس كذلك ا هـ. أقول: هذا الشرح لا يطابق المشروح، لأن حاصله منع مانعية شبهة الإباحة عن القصاص، وحاصل المشروح منع ثبوت شبهة الإباحة في العبد، ومن النص فيه قول المصنف يؤذن بانتفاء شبهة الإباحة، فالصواب في الشرح أن يقال: ومعناه أن شبهة الإباحة غير ثابتة في العبد وإلا لما جرى بين العبدين كما لا يجري بين المستأمنين قوله: **(والنص تخصيص بالذكر فلا ينفي ما عداه)** هذا جواب عما استدل به الخصم من مقابلة الحرّ بالحرّ والعبد بالعبد في الآية. ووجهه أن ذلك تخصيص بالذكر وهو لا ينفي ما عداه كما في قوله تعالى **﴿والأنثى بالأنثى﴾** البقرة (١٧٨) فإنه لا ينفي أن يقتل الأنثى بالذكر ولا العكس بالإجماع، وفائدة التخصيص الردّ على من أراد قتل غير القاتل بالمقتول كما يدل عليه سبب نزول هذه الآية، وهو ما روي عن ابن عباس أن قبيلتين من العرب اقتتلنا وكانت إحداهما تدعي الفضل على الأخرى فقالت: لا نرضى إلا بقتل الذكر منهم بالأنثى منا والحر منهم بالعبد منا فأنزل الله تعالى هذه الآية رَداً عليهم[1] كذا في الشروح أقول: لقائل أن يقول إن التخصيص بالذكر وإن لم يدل على نفي ما عداه إلا أن تعريف المستند إليه بلام الجنس يفيد القصر نحو: الكرم التقوى: أي لا غيرها والأمير الشجاع؟ أي لا الجبان، ونحو التوكل على الله و «الإمام من قريش»[2] إلى غير ذلك من الأمثلة كما عرف في علم الأدب. وقد استدل الأئمة الحنفية على أن موجب القتل العمد هو القود عيناً لا واحد من القود والدية

وجب القصاص ولا مساواة بينهما فالجواب عن الأول أن المراد بالوجوب ثبوت حق الاستيفاء ولا منافاة بينه وبين العفو. وعن الثاني أن المراد بالحقن على التأبيد ما هو بحسب الأصل والارتداد عارض لا معتبر به ورجوع الحربي إلى داره أصل لا عارض. وعن الثالث بأن القصاص ثابت لكنه انقلب مالاً لشبهة الأبوة. وعن الرابع بأن التفاوت إلى نقصان غير مانع عن الاستيفاء، بخلاف العكس. وقوله للعمومات يريد به مثل قوله تعالى: **﴿كتب عليكم القصاص في القتلى﴾** وقوله **﴿ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لولية سلطاناً﴾** وقوله **﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس﴾** وقوله ﷺ «العمد قود» وذكر قول الشافعي رحمه الله ووجهه وهو واضح. وقوله: **(وهي)** أي العصمة **(بالدين)** يعني عنده **(أو بالدار)** يعني عندنا **(و)** العبد والحر **(يستويان فيهما)** فيجري القصاص بينهما، فإن قال جاز أن تكون شبهة الإباحة مانعة وهي ثابتة لأن الرق أثر الكفر وحقيقة الكفر تمنع منه كما بين المسلم والمستأمن فكذا أثره. أجاب بقوله: **(وجريان القصاص)** ومعناه لا يصلح ذلك مانعاً، إذ لو صلح لما جرى بين العبدين كما لا يجري بين المتسأمنين وليس كذلك. وقوله: **(والنص تخصيص بالذكر)** جواب عما استدل به من المقابلة في الآية، ووجهه أن ذلك تخصيص بالذكر وهو لا ينفي ما عداه كما في قوله: **﴿والأنثى بالأنثى﴾** فإنه لا ينفي

قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص﴾ الآية قوله: **(ما هو بحسب الأصل)** أقول: الأصل ها هنا بمعنى الكثير الراجح كما لا يخفى قوله: **(لكنه انقلب مالاً لشبهة الأبوة)** أقول: الظاهر أن يقال لحرمة الأبوة، ومراد الشارح للشبهة الناشئة من الأبوة في درء القصاص وهي شبهة الإباحة الثابتة بقوله عليه الصلاة والسلام «أنت ومالك لأبيك» قوله: **(وقد أجيب بأن القصاص في الأطراف يعتمد المساواة في الجزء المبان)** أقول: يعني لا يكفي فيها المساواة في العصمة، بل لا بد من المساواة في الجزء المبان في كونه معيباً وسلامته من العيب، فطرف العبد معيب، بخلاف طرف الحر.

---

(١) أثر ابن عباس. ذكره السيوطي في الدر المنثور ١/ ١٧٢ ونسبه لابن أبي حاتم عن سعيد بن جبير. وكذا رواه عبد بن حميد، وابن جرير عن الشعبي بنحوه، وأخرجه ابن جرير، وابن مردويه عن أبي مالك بنحوه لكن في آخره: قال ابن عباس: نسختها آية (النفس بالنفس) اهـ.
قلت: ولم أره عن ابن عباس صريحاً من قوله.
(٢) هذا بعض حديث وقد تقدم وسياقه «الأئمة من قريش»

الصلاة والسلام «لا يقتل مؤمن بكافر»[1] ولأنه لا مساواة بينهما وقت الجناية، وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة. ولنا ما روي «أن النبي ﷺ قتل مسلما بذمي»[2] ولأن المساواة في العصمة ثابتة نظراً إلى التكليف والدار والمبيح كفر المحارب دون المسالم، والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة، والمراد بما روى الحربي لسياقه «ولا ذو عهد في عهده»

لا بعينه بقوله عليه الصلاة والسلام «العمد قود»[3] وقالوا: وجه التمسك به أن الألف واللام في قوله العمد للجنس فتفيد القصر على القود فليكن الأمر كذلك فيما نحن فيه. والجواب أن اللام إنما يجوز حملها على الجنس إذا لم يكن هناك معهود كما عرف في علم الأدب وعلم الأصول أيضاً، وفي الآية المذكورة تحقق المعهود وهو ما ذكر في سبب نزولها فتحمل اللام عليه دون الجنس فلم يوجد فيها ما يقتضي القصر، وقد أشار إليه في الكافي حيث قال بعد ذكر فائدة المقابلة ببيان سبب النزول فكان اللام لتعريف العهد لا لتعريف الجنس قوله: **(وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة)** قال صاحب العناية في شرح هذا المحل: إن الكفر مبيح لدمه لقوله تعالى. ﴿وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة﴾ البقرة (١٩٣) والأنفال (٣٩) أي فتنة الكفر فيورث شبهة عدم المساواة ا هـ. أقول: قد حمل الشبهة المذكورة في الكتاب هنا على شبهة المساواة وهو خبط ظاهر. أما أولاً فلأن المصنف قد صرح قبيل هذا بعدم المساواة بينهما على طريق الجزم حيث قال: لأنه لا مساواة بينهما وقت الجناية فكيف يتم أن يقول بعده كون الكفر

الذكر بالأنثى ولا العكس بالإجماع، وفائدة التخصيص الردّ على من أراد قتلَ غير القاتل بالمقتول، وذلك أن ابن عباس رضي الله عنهما روى أن قبيلتين من العرب تدعي إحداهما فضلاً عن الأخرى اقتتلتا، فقالت مدعية الفضل: لا نرضى إلا بقتل الذكر منهم بالأنثى منا والحرّ منهم بقتل العبد منا، فأنزل الله تعالى هذه الآية رداً عليهم، ولم يذكر الجواب عن الأطراف. وقد أجيب بأن القصاص في الأطراف يعتمد المساواة في الجزء المبان، فإنه لا تقطع اليد الصحيحة بالشلاء، ولا مساواة بينهما في ذلك لأن الرق ثابت في أجزاء الجسم، بخلاف النفوس فإن القصاص فيها يعتمدها في العصمة وقد تساويا فيها على ما مر. قال: **(والمسلم والذمي فيه سواء)** اختلف العلماء رحمهم الله في ثبوت اقتصاص المسلم بالذمي، فذهب عامة العلماء إلى عدمه، وذهب أبو حنيفة وأصحابه رضي الله عنهم إلى ثبوته وهو مذهب النخعي والشعبي. استدل الأولون بما روى أبو جحيفة قال:

قوله: **(ولأن القصاص يعتمد المساواة في العصمة، وهي ثابتة نظراً إلى التكليف: يعني عنده، أو الدار: يعني عندنا)** أقول: ولهذا

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٦٩١٥ والترمذي ١٤١٢ والدارمي ٢٢٦٧ . ٢/ ١٩٠ وابن أبي شيبة ١١/ ٢٧ وابن الجارود ٧٩٤ والبيهقي ٨/ ٢٨ وأحمد ١/ ٧٩ من طرق كلهم من حديث علي في خبر الصحيفة المشهور عن أبي جحيفة قال: قلت لعلي: هل عندكم كتاب؟ قال: لا. إلا كتاب الله، أو فهم أعطيه رجل مسلم، أو ما في هذه الصحيفة. قال: قلت: وما في هذه الصحيفة؟ قال: العقل، وفكاك الأسيرة، ولا يقتل مسلم بكافر.
وأخرجه أبو داود ٤٥٣٠ وأحمد ١/ ١٢٢ والبيهقي ٨/ ٢٨ من طريق قيس بن عباد عن علي به وأخرج أبو داود ٤٥٣١ وابن ماجه ٢٦٥٩ و ٢٦٨٥ مفرقاً وأحمد ٢/ ١٩١ ـ ١٩٢ ـ ٢١١ والبيهقي ٨/ ٢٩ من طرق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً المسلمون تتكافأ دماؤهم. . .
وعجزه: لا يقتل مؤمن بكافر، ولا ذو عهد في عهده.

(٢) مرسل واهٍ. أخرجه الدارقطني ٣/ ١٣٥ ـ ١٣٤ والبيهقي ٨/ ٣٠ كلاهما عن عبد الرحمن بن البيلماني عن ابن عمر مرفوعاً بزيادة: أنا أولى من وفى بذمته.
قال الدارقطني: لم يسنده غير إبراهيم بن أبي يحيى وهو متروك الحديث. والصواب عن ربيعة عن ابن البيلماني مرسل. وابن البيلماني لا تقوم به حجة إذا وصل الحديث، فكيف بما يرسله والله أعلم اهـ ونقل البيهقي كلام الدارقطني هذا ووافقه.
والمرسل. أخرجه الدارقطني ٣/ ١٣٤ . ١٣٥ وأبو داود في مراسيله ٢٢٠ والبيهقي ٨/ ٣٠/ ٣١ كلهم عن عبد الرحمن بن البيلماني مرسلاً به رووه من طرق عدة مرسلاً ومداره على البيلماني وهو ضعيف كما في التقريب. ومتروك كما قال الدارقطني.
فائدة: وأسند البيهقي ٨/ ٣١ عن القاسم بن سلام أبي عبيد قال: هذا حديث ليس بمسند ولا يجعل مثله إماماً يسفك به دماء المسلمين وقد أخبرني عبد الرحمن بن مهدي عن عبد الواحد بن زياد
قال: قلت لزفر: قلتم: إنا ندرأ الحدود بالشبهات، وقد جئتم إلى أعظم الشبهات، فأقدمتم عليها. قال: وما هي؟ قال: قلت: المسلم يقتل بالكافر. قال: فاشهد أنت على رجوعي عن هذا

(٣) تقدم في أول هذا الباب.

والعطف للمغايرة. قال: **(ولا يقتل بالمستأمن)** لأنه غير محقون الدم على التأبيد، وكذلك كفرع باعث على

مبيحاً يورث شبهة عدم المساواة ويجعلها استدلالاً آخر فهلا يكون هذا منافياً لما سبق أو مستدركاً. وأما ثانياً فلأنه سيقول في الجواب من قبلنا عن هذا الاستدلال: والمبيح كفر المحارب دون المسلم والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة، وذلك قطعي الدلالة، على أن ليس المراد بالشبهة المذكورة هنا شبهة عدم المساواة، إذ لا شك أن قتل الذمي بمثله لا يؤذن بانتفاء شبهة عدم المساواة بين المسلم والذمي، وإنما يؤذن بانتفاء شبهة عدم الإباحة في دم الذميّ. فالصواب أن المراد بالشبهة هنا شبهة الإباحة كما هو مقتضى تفريع قوله فيورث الشبهة على قوله، وكذا الكفر مبيح وقد صرح بذلك في المسألة السابقة فحينئذٍ ينتظم السباق واللحاق بلا غبار كما لا يخفى قوله: **(ولأن المساواة في العصمة ثابتة نظراً إلى التكليف أو الدار)** قال صاحب العناية في حل هذا التعليل: ولأن القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي ثابتة نظراً إلى التكليف: يعني عنده، أو الدار: يعني عندنا ا هـ. أقول: وزع الشارح المذكور قول المصنف نظراً إلى التكليف أو الدار إلى المذهبين كما ترى، فحمل قوله إلى التكليف على مذهب الشافعي، وقوله إلى الدار على مذهبنا، لكنه محل نظر لأن المصنف لما قال في تعليل المسألة السابقة. ولنا أن القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين أو بالدار. قال الشارح المذكور وسائر الشراح أيضاً هناك، وهي أي العصمة بالدين: يعني عنده، أو بالدار: يعني عندنا، فقد حملوا قول المصنف بالدين على مذهب الشافعي، وإذا كان المعتبر في ثبوت العصمة عند الشافعي هو الدين فكيف يتم القول هنا بثبوتها عنده بمجرد التكليف بدون تحقق دين الإسلام كما يقتضيه شرح صاحب العناية في هذا المحل. ثم أقول: لعل كلمة أو في قول المصنف نظراً إلى التكليف، أو الدار بمعنى الواو كما في قوله:

سيان كسر رغيفه ... أو كسر عظم من عظامه

«سألت علياً رضي الله عنه هل عندك من رسول الله ﷺ سوى القرآن؟ قال لا، والذي فلق الحبة وبرأ النسمة إلا أن يعطي فهما في كتابه وما في الصحيفة، قلت: وما في الصحيفة؟ قال: العقل وفكاك الأسير ولا يقتل مسلم بكافر». وبأن القصاص يعتمد المساواة في وقت الجناية ولا مساواة بينهما فيه. وإنما قيد بوقت الجناية لأن القاتل إذا كان ذمياً وقت القتل ثم أسلم فإنه يقتص منه بالإجماع، وبأن الكفر مبيح لدمه لقوله تعالى: ﴿وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة﴾ أي فتنة الكفر فيورث شبهة عدم المساواة. ولنا ما روى محمد بن الحسن عن إبراهيم رحمهما الله «أن رجلاً من المسلمين قتل رجلاً من أهل الذمة فرفع ذلك إلى رسول الله ﷺ فقال: أنا أحق من وفى بذمته، ثم أمر به فقتل» وفي دلالته على المطلوب جلاء لا يمارى. وردّ بأن مداره على ابن السلماني وهو ضعيف. قال صالح بن محمد الحافظ رحمه الله: ابن السلماني حديثه منكر، روى عنه ربيعة أن النبيّ ﷺ قتل مسلماً بمعاهد وهو مرسل منكر. وقال الدارقطني: ابن السلماني لا يقوم به حجة إذا وصل فكيف إذا أرسل.

يقتل الذمي بالذمي قوله: **(قلنا: فيكون قبل قتله المسلم معصوماً كالمسلم فيجب القصاص)** أقول: لم لا يجوز أن يقال: يجوز أن يكون قبل قتله المسلم معصوماً نظراً إلى مثله، وغير معصوم بالنسبة إلى المسلم، إلا أن يقال: العظمة لا تتجزى قوله: **(والعطف للمغايرة)** أقول: قال الإتقاني: ولنا في هذا الكلام نظر. لأنا نقول: نعم العطف للمغايرة، ولكن لم يعطف قوله ولا ذو عهد على كافر لأنه لو عطف عليه لقيل بالجر بل هو عطف على مؤمن، ولكن نقول: إن الذمي يقتل بالذمي بالاتفاق، فعلم أن المراد بالكافر الحربي لا الذمي اهـ. فيه بحث. وفي الكفاية: فإن قيل: جاز أن يراد بذي العهد المسلم. قلنا: العطف يقتضي المغايرة اهـ. وبهذا يخرج الجواب عما ذكره الإتقاني فليتأمل قوله: **(فيقدر ولا ذو عهد في عهده بكافر على طريقة قوله تعالى: ﴿آمن الرسول بما أنزل إليه من ربه والمؤمنون﴾)** أقول: له أن يقول: هذا مثل قوله عليه الصلاة والسلام «من قتل معاهداً لم يرح رائحة الجنة» فكان الوعيد فيه لمن قتله بغير حق، فكذا النهي في هذا الحديث عن قتله بغير حق، وله نظائر قوله: **(ولا لكان ذلك أعم)** أقول: أي الكفار الذي في المعطوف عليه أعم من الحربي قوله: **(فما فرضناه دليلاً)** أقول: أي على التقدير قوله: **(لا يكون دليلاً هذا خلف باطل)** أقول: المقدر في الثاني لفظ كافر كما في الأول، فيصلح الأول قرينة على تقدير الثاني، وتقييده بالحربي بدليل آخر فتدبر.

فيكون المجموع على مذهبنا، ويؤيده ما وقع في بعض النسخ من كلمة الواو بدل كلمة أو، وعبارة الكافي والتبيين أيضاً فإن المذكور فيهما في هذا المقام، ولأن القصاص يعتمد المساواة في العصمة وقد وجدت نظراً إلى الدار وإلى التكليف اهـ. فإن قلت: لم لم تحمل المجموع على مذهبنا مع إبقاء كلمة أو على أصل معناها؟ قلت: لأن التكليف وحده لا يقتضي العصمة الموجبة للقصاص؛ ألا يرى أنه إذا قتل مكلف ولو كان مسلماً في دار الحرب لا يجب القصاص صرح به في عامة المعتبرات فلا بد من أن يكون في دار الإسلام أيضاً قوله: **(والمراد بما روي الحربي لسياقه ولا ذو عهد في عهده والعطف للمغايرة)** يعني أن المراد بالكافر في قوله عليه الصلاة والسلام «لا يقتل مؤمن بكافر»[1] هو الحربي بدليل سياقه وهو قوله «ولا ذو عهد في عهده»[2] فإنه معطوف على مؤمن، فالمعنى: ولا يقتل ذو عهد بكافر، ولا شك أن ذا العهد وهو الذمي إنما لا يقتل بالحربي دون الذمي، فإن جريان القصاص بين الذميين مجموع عليه. فإن قيل: لم لا يجوز أن يكون المراد بذي العهد في الحديث هو المسلم دون الذمي؟ قلنا لأن العطف يقتضي المغايرة، فلا جرم يكون المراد بذي العهد المعطوف على المؤمن غير المسلم، وقد أشار إليه المصنف بقوله والعطف للمغايرة، فإن قيل: ولم لا يجوز أن يكون قوله ولا ذو عهد في عهده ابتداء كلام: أو لا يقتل ذو عهد في مدة عهده، قلنا: لأن الواو للعطف حقيقة خصوصا فيما لا يكون مستقلاً بنفسه. والمراد بالأول نفي القتل قصاصاً لا نفي مطلق القتل، فكذا في الثاني تحقيقاً لمقتضى العطف من المناسبة بين الجملتين، هذا جملة ما في الكافي وأكثر الشروح في هذا المقام أخذا من المبسوط والأسرار. وقال صاحب العناية في شرح هذا المحل: قوله والمراد بما روي جواب عما استدلوا به من حديث عليّ رضي الله عنه. وتقريره ما ذكره الطحاوي في شرح الآثار: إن الذي حكاه أبو جحيفة عن علي[3] لم يكن مفرداً ولو كان مفرداً لاحتمل ما قالوا ولكن كان موصولاً بغيره وهو قوله «ولا ذو عهد في عهده»[4] وإليه أشار المصنف بقوله لسياقه ولا ذو عهد في عهده. ووجه ذلك أن عطف هذا على الأول والعطف للمغايرة فيكون كلاماً تاماً في نفسه، وليس كذلك لأدائه إلا أن لا يقتل ذو عهد مدة عهده وإن قتل مسلماً، وليس بصحيح بالإجماع فيقدر ولا ذو عهد في عهده بكافر على طريقة قوله تعالى ﴿آمن الرسول بما أنزل إليه من ربه والمؤمنون﴾ البقرة (٢٨٥) ثم الكافر الذي لا يقتل به ذو عهد هو الحربي بالإجماع فيقدر بكافر حربي، وإذ لا بد من تقدير حربي يقدر في المعطوف عليه كذلك، وإلا لكان ذلك أعم، والأعم لا دلالة له على الأخص بوجه من الوجوه، فما فرضناه دليلاً لا يكون دليلاً هذا خلف، إلى هنا لفظ العناية، أقول: فيه خلل من وجوه: الأول أن الأعم إنما لا يدل على الأخص بوجه من الوجوه من حيث خصوصية الأخص: أي لا يدل الأعم على أن يكون المراد منه هو الأخص وحده، وهذا معنى ما يقال في العلوم العقلية: لا

والجواب أن الطعن بالإرسال والطعن المبهم من أئمة الحديث غير مقبول، وقد عرف في الأصول **(ولأن القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي ثابتة نظراً إلى التكليف)** يعني عنده **(أو الدار)** يعني عندنا فيثبت. وقوله: **(والمبيح كفر المحارب)** جواب عن قوله وكذا الكفر مبيح، وتقريره أنا لا نسلم أن مطلق الكفر مبيح بل المبيح كفر المحارب، قال الله تعالى: ﴿قاتلوا

---

(١) أخرجه البخاري وأصحاب السنن عن علي من وجوه تقدم قبل حديثين.

(٢) حسن. أخرجه أبو داود ٤٥٣٠ والنسائي ٨/ ٢٤ والبيهقي ٨/ ٢٨ وأحمد ١/ ١٢٢ كلهم عن قتادة عن الحسن عن قيس بن عباد قال: انطلقت إلى علي عليه السلام أنا، والأشتر فقلنا: هل عهد إليك رسول الله ﷺ شيئاً لم يعهده للناس عامة؟ قال: لا، إلا ما في كتابي هذا. قال: فأخرج كتاباً من قراب سيفه فإذا فيه: المؤمنون تتكافأ دماؤهم، وهم يد على من سواهم، ويسعى بذمتهم أدناهم، ألا لا يقتل مؤمن بكافر، ولا ذو عهد في عهده، من أحدث حدثاً فعلى نفسه، ومن أحدث حدثاً، أو آوى محدثاً، فعليه لعنة الله، والملائكة، والناس أجمعين.

وإسناده حسن رجاله رجال البخاري ومسلم لكن قتادة مدلس وقد عنعنه وكذا الحسن والله أعلم.

(٣) تقدم قبل أربعة أحاديث رواه البخاري وغيره

(٤) تقدم قبل حديث واحد.

الحراب. لأنه على قصد الرجوع **(ولا يقتل الذمي بالمستأمن)** لما بينا **(ويقتل المستأمن بالمستأمن)** قياساً للمساواة، ولا يقتل استحساناً لقيام المبيح **(ويقتل الرجل بالمرأة، والكبير بالصغير، والصحيح بالأعمى والزمن وبناقص**

دلالة للعام على الخاص بإحدى الدلالات الثلاث. وأما من حيث اندراج الأخص تحت ذلك الأعم فيدل عليه قطعاً بواسطة دلالته على معناه العام الشامل لذلك الأخص ولغيره أيضاً؛ ألا يرى أنا إذا قلنا كل حيوان متحرك بالإرادة فلا شك أنه يدل على كون الإنسان متحركاً بالإرادة كسائر الحيوانات لاندراجه تحت الحيوان، وكذا حال سائر الكليات بالنظر إلى ما تحتها من الجزئيات، وهذا أمر لا سترة به، ففيما نحن فيه لو لم يقدر حربي في المعطوف عليه وكان كافر أعم من الحربي والذمي لدل على أن لا يقتل مؤمن بشيء من أفراد الكافر وحصل مطلوب الشافعي، ولم يلزم أن لا يكون ما فرضناه دليلاً للشافعي دليلاً له على مدعاه كما زعمه الشارح المزبور. والثاني أن عدم كون ما فرضناه دليلاً للشافعي دليلاً له لا يقتضي تقدير شيء في الحديث، إذ لا يتبع تعين معنى الحديث جعل الشافعي ذلك الحديث دليلاً على مدعاه، بل جعله دليلاً عليه إنما يصح بعد تعين معناه، فما معنى الاستدلال على عدم عموم الكافر في الحديث بلزوم أن لا يكون ما فرضناه دليلاً للشافعي دليلاً له على تقدير عمومه كما هو مقتضى تقرير الشارح المزبور. والثالث أن ما عده محذوراً وهو أن لا يكون ما فرضناه دليلاً للشافعي دليلاً له لازم أيضاً على تقدير أن يقدر حربي في المعطوف عليه بمقتضى رأيه، لأن الحربي مباين للذمي لا محالة، وعدم دلالة أحد المتباينين على الآخر أظهر من عدم دلالة الأعم على الأخص، فإن لزم من أن يكون كافر في الحديث أعم أن لا يكون ما فرضناه دليلاً للشافعي دليلاً له فلأن لزم من أن يقيد كافر في الحديث بحربي أن لا يكون ما فرضناه دليلاً للشافعي دليلاً له أولى، فكيف يثبت تقدير حربي على رأيه وبالجملة قد خرج الشارح المزبور في توجيه الحديث المذكور عن سنن الصواب بالكلية فضل عن سبيله. ثم إن صاحب الغاية اعترض على قول المصنف والعطف للمغايرة حيث قال: ولنا في هذا المقام نظر، لأنا نقول: نعم العطف للمغايرة، ولكن لم يعطف قوله عليه الصلاة والسلام «ولا ذو عهد على»[1] كافر لأنه لو عطف عليه لقيل بالجر بل هو عطف على مؤمن. ولكن نقول: إن الذمي يقتل بالذمي بالاتفاق، فعلم أن المراد من الكافر الحربي اهـ. أقول: نظره في غاية السقوط، لأن قول المصنف والعطف للمغايرة ليس لبيان مغايرة ذو عهد في الحديث لكافر حتى يتجه ما توهمه من أن قوله عليه الصلاة والسلام «ولا ذو عهد»[2] لم يعطف على كافر بل لبيان مغايرته لمؤمن دفعاً لاحتمال أن يكون المراد بذو عهد في

الذين لا يؤمنون بالله﴾ إلى قوله: ﴿حتى يعطوا الجزية﴾ وقوله: والقتل بمثله لدفع قوله فيورث الشبهة: أي قتل الذمي بالذمي دليل على أن كفر الذمي لا يورث الشبهة إذا لو أورثها لما جرى القصاص بينهما كما لا يجري بين الحربيين. فإن قيل: يورث الشبهة إذا قتله مسلم. قلنا: فيكون قبل قتله المسلم معصوماً كالمسلم فيجب القصاص. قوله: **(والمراد بما روي)** جواب عما استدلوا به من حديث علي رضي الله عنه. وتقريره ما ذكره الطحاوي رحمه الله في شرح الآثار أن الذي حكاه أبو جحيفة عن علي رضي الله عنه لم يكن مفرداً، ولو كان مفرداً لاحتمل ما قالوا ولكن موصولاً بغيره وهو قوله «ولا ذو عهد في عهده» وإليه أشار المصنف رحمه الله بقوله: **(لسياقه ولا ذو عهد في عهده)** ووجه ذلك أنه عطف هذا على الأول والعطف للمغايرة فيكون كلاماً تاماً في نفسه وليس كذلك لأدائه إلى أن لا يقتل ذو عهد مدة عهده وإن قتل مسلماً، وليس بصحيح بالإجماع فيقدر ولا ذو عهد في عهده بكاف على طريقة قوله تعالى: ﴿آمن الرسول بما أنزل إليه من ربه والمؤمنون﴾ ثم الكافر الذي لا

قوله: **(لأن التقدير المذكور ليس بمروى)** أقول: يعني غير مذكور على قصد الرواية، بل لتتميم الدليل.

---

(١) حسن. تقدم قبل حديثين.

(٢) هو المتقدم.

الأطراف وبالمجنون) للعمومات، ولأن في اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة امتناع القصاص وظهور التقاتل والتفاني. قال: **(ولا يقتل الرجل بابنه)** لقوله عليه الصلاة والسلام «لا يقاد الوالد بولده» وهو بإطلاقه حجة على مالك رحمه الله في قوله يقاد إذا ذبحه ذَبحا، ولأنه سبب لإحيائه، فمن المحال أن يستحق له إفناؤه ولهذا لا يجوز له قتله وإن وجده في صف الأعداء مقاتلاً أو زانيا وهو محصن، والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه، والجد من قبل الرجال والنساء وإن علا في هذا بمنزلة الأب، وكذا الوالدة والجدة من قبل الأب أو الأم قربت أو بعدت لما بينا، ويقتل الولد بالوالد لعدم المسقط. قال: **(ولا يقتل الرجل بعبده ولا مدبره ولا مكاتبه ولا بعبد ولده)** لأنه لا يستوجب لنفسه على نفسه القصاص ولا ولده عليه، وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه لأن القصاص لا يتجزأ. قال:

الحديث هو المؤمن أيضاً، إذ على هذا الاحتمال لا يظهر كون المراد بكافر هو الحربي، إذ المؤمن لا يقتل بذمي أيضاً عند الشافعي فلا يسلم التقييد بحربي، وأما إذا كان ذو عهد مغايراً لمؤمن فكان المراد به هو الذمي يتعين أن يكون المراد بكافر هو الحربي، وإلا يلزم أن لا يقتل الذمي بالذمي أيضاً مع أن خلافه مجمع عليه. والعجب أن كون مقصود المصنف من قوله والعطف للمغايرة ما ذكرناه مع وضوحه في نفسه يرشد إليه جداً تقرير صاحب الكافي وبعض الشراح المتقدمين فكيف لم يطلع عليه ذلك الشارح قوله: **(ولا يقتل الذمي بالمستأمن لما بينا)** قال جماعة من الشراح: وهو قوله ولا ذو عهد في عهده، وحمله صاحب العناية على قوله لأنه ليس محقون الدم على التأبيد، ولم يقبل رأي هؤلاء الشراح حيث قال: ولا يقتل الذمي بالمستأمن لما بينا أنه ليس محقون الدم على التأبيد، وقيل هو إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام «ولا ذو عهد في عهده»[1] وليس بواضح لأن المعهود منه في مثله لما روينا، ولأنا قدرنا ذلك بكافر حربي، إلا إذا أريد هناك بالحربي أعم من أن يكون مستأمناً أو محارباً وهو الحق، ويغنينا عن السؤال عن كيفية قتل المسلم بالحربي والجواب عنه وعبر بقوله لما بينا، لأن التقدير المذكور ليس بمرويّ، وإنما هو تأويل فلم يقل لما روينا، إلى هنا كلامه. أقول: في قوله ويغنينا عن السؤال عن كيفيه قتل المسلم بالحربي والجواب عنه نظر، لأنه إذا أريد هناك بالحربي ما هو أعم من المستأمن والمحارب يرد السؤال عن كيفية قتل المسلم بالمحارب، فإن قتل المحارب واجب فما معنى نفيه في الحديث، فيحتاج إلى الجواب عنه بالوجهين اللذين ذكرهما من قبل، وإنما يحصل الغنى عن السؤال والجواب إذا كان المراد بالحربي هناك هو المستأمن فقط كما هو الأحسن، وجزم به صاحب البدائع حيث قال: وأما الحديث فالمراد من الكافر المستأمن لأنه قال: «لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد في عهده»[2] عطف قوله ولا ذو عهد في عهده على المسلم، فكان معناه: لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد به، ونحن به نقول اهـ. قوله: **(ولا يقتل الرجل بابنه لقوله عليه الصلاة والسلام «لا**

يقتل به ذو عهد هو الحربي بالإجماع فيقدر بكافر حربي، وإذ لا بد من تقدير حربي يقدر في المعطوف عليه كذلك، وإلا لكان ذلك أعم والأعم لا دلالة له على الأخص بوجه من الوجوه، فما فرضناه دليلاً لا يكون دليلاً هذا خلف باطل. فإن قيل: فما كيفية قتل المسلم بالحربي حتى صح نفيه وقتلهم واجب؟ فالجواب من جهتين: أحدهما المسلم دخل دارهم بأمان فقتل كافراً حربياً فهو حرام لكن لا يقتص منه. والثاني أن يقتل من لا يحل قتله من أهل الحرب كالنساء والصبيان. وهذه المسألة من معارك الآراء لا طائل تحت تطويلها فلنقتصر على ما ذكرنا. وقوله: **(ولا يقتل)** يعني المسلم **(بالمستأمن لأنه غير محقون الدم على التأبيد)** كما تقدم في أول الباب **(ولأن كفره باعث على الحراب لأنه على قصد الرجوع)** إلى داره فكان الحربي **(ولا يقتل الذمي بالمستأمن لما بينا)** أنه ليس محقون الدم على التأبيد. وقيل هو إشارة إلى قوله ﷺ «ولا ذو عهد في عهده» وليس بواضح لأن المعهود منه في مثله لما روينا، ولأنا قدرنا ذلك بكافر حربي إلا إذا أريد هناك بالحربي أعم من أن

---

(١) هو المتقدم قبل أربعة أحاديث.
(٢) هو المتقدم.

. . . .

يقاد الوالد بولده»)[1] قال تاج الشريعة: قلت: خص به عموم الكتاب لأنه لحقه الخصوص، فإن المولى لا يقتص بعبده ولا بعبد ولده. وذكر الإمام البزدوي أن هذا حديث مشهور تلقته الأمة بالقبول فصلح مخصصاً أو ناسخاً حكم الكتاب اهـ. أقول: الحق ما ذكره الإمام البزدوي لا ما قاله تاج الشريعة من عند نفسه، لأن حاصل ما قاله أن الكتاب في حكم القصاص صار مما خص منه البعض بعدم اقتصاص المولى بعبده ولا بعبد ولده فصار ظنياً فجاز تخصيص قتل الوالد ولده من عموم الكتاب الدال على وجوب القصاص في القتلى بالنسبة ولو كانت من أخبار الآحاد ولكنه غير تام، إذ قد تقرّر في الأصول أن العام الذي خص منه البعض إنما يصير ظنياً إذا كان تخصيصه بكلام مستقل موصول به، وأما إذا كان البعض من العام مخرجاً بدليل مفصول عنه فيكون عمومه منسوخاً لا مخصوصاً ويصير قطعياً في الباقي. ولا شك أن ما يخرج قتل المولى عبده أو عبد ولده عن آية القصاص ليس كلاماً موصولا بها فلا ينافي قطعيتها، فلا يجوز إخراج قتل الوالد ولده عنها بخبر واحد. بل لا أقل من أن يكون المخرج حديثاً مشهوراً كما عرف في أصول الفقه فلا بد من المصير هنا إلى ما ذكره الإمام البزدوي قوله: **(والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه)** قال الشراح: هذا جواب عما يقال الوارث يستحق إفناءه لا الولد ولا محذور فيه. وقال صاحب العناية بعد ذلك: ولو قال فمن المحال أن يتسبب لفنائه لاستغنى عن هذا السؤال والجواب اهـ. أقول: فيه بحث، إذ لا يرى جهة سببية المقتول لفناء القاتل سوى استحقاقه القصاص، فلو قال: فمن المحال أن يتسبب لفنائه، فأما إن أراد بتسببه لفنائه استحقاقه القصاص فيرد عليه السؤال المزبور ويحتاج إلى الجواب المذكور، وأما إن أراد بها شيئاً سوى استحقاقه القصاص وهو غير معلوم فكيف يتم بناء الدليل عليه تدبر تفهم قوله: **(والجد من قبل الرجال والنساء وإن علا في هذا بمنزلة الأب، وكذا الوالدة والجدة من قبل الأب أو الأم قربت أو بعدت لما بينا)** أقول: من العجائب هنا أن الإمام الزاهدي قال في شرح مختصر القدوري: قلت: ذكر الجدة في الهداية من قبل الأم ولم يطلقها وذكر فيها

يكون مستأمناً أو محارباً وهو الحق، ويغنينا عن السؤال عن كيفية قتل المسلم الحربي والجواب عنه. وعبر بقوله لما بينا لأن التقدير المذكور ليس بمروى وإنما هو تأويل فلم يقل لما روينا. وقوله: **(للعمومات)** يعني الآيات الدالة بعمومها على وجوب القصاص وقد ذكرناها. وقوله: **(ولأن في اعتبار التفاوت الخ)** يصلح لجميع ما خالفنا فيه الشافعي رحمه الله. قال: **(ولا يقتل الرجل بابنه الخ)** لا يقتل الإنسان بولده لقوله ﷺ **«لا يقاد الوالد بولده»** وهو معلول بكونه سبباً لإحيائه وهو وصف معلل ظهر

قال المصنف: **(والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه)** أقول: القصاص طريقه الخلافة عند أبي حنيفة دون الوراثة كما سيجيء في باب الشهادة في القتل فلا يلائمه كلام المصنف. وجوابه أنه فيه شبهة الوراثة وشبهة الخلافة، فتارة يعين الأولى وتارة يعين الثانية احتيالاً في دره القصاص فليتأمل، فإن هذا كلام إجمالي كتبته تذكره قوله: **(ولو قال فمن المحال أن يتسبب لفنائه)** أقول: وأنت خبير بأن عبارة المصنف تؤدي هذا المعنى، إذ معناها فمن المحال أن يستحق لأجله إفناؤه، ولا يدل على كون المستحق المقتول قوله: **(لأن شفقة**

---

(١) حسن. أخرجه الترمذي ١٤٠٠ وابن ماجه ٢٦٦٢ والدارقطني ٣/ ١٤٠ والبيهقي ٨/ ٣٨ ـ ٣٩ وأحمد ١/ ٤٩ كلهم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن عمر مرفوعاً.

ومداره على الحجاج بن أرطاة وهو غير قوي. وأخرجه الترمذي ١٠٤١ وابن ماجه ٢٦٦١ والدارمي ٢٢٦٨ والدارقطني ٣/ ١٤١ والبيهقي ٨/ ٣٩ كلهم من حديث ابن عباس: لا تقام الحدود في المساجد، ولا يقتل الوالد بالولد.

قال الترمذي: فيه إسماعيل بن مسلم تكلم فيه من قبل حفظه

ورواه الترمذي عقبهُ من حديث سراقة وقال: لا نعرفه من حديث سراقة إلا من هذا الوجه وليس إسناده بصحيح وهذا حديث فيه اضطراب والعمل على هذا: أن الأب لا يقتل بابنه وإذا قذف ابنه لا يحدُّ اهـ.

قلت: وأخرجه الحاكم ٢/ ٢١٦ و ٤/ ٣٦٨ من حديث ابن عباس عن عمر لكنه واهٍ.

وأخرجه البيهقي من طرق أخرى واهية وكذا قال البيهقي. إلا أنها تتقوى بمجموعها فيرقى إلى درجة الحسن في أقل تقدير والله تعالى أعلم راجع نصب الراية ٤/ ٣٣٩ ـ ٣٤١ وتلخيص الحبير ٤/ ١٦ ـ ١٧.

(ومن ورث قصاصاً على أبيه سقط) لحرمة الأبوة، قال: **(ولا يستوفى القصاص إلا بالسيف)** وقال الشافعي: يفعل به مثل ما فعل إن كان فعلا مشروعاً، فإن مات وإلا تحزّ رقبته لأن مبنى القصاص على المساواة، ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «لا قود إلا بالسيف» والمراد به السلاح، ولأن فيما ذهب إليه استيفاء الزيادة أو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل فيحز فيجب التحرز عنه كما في كسر العظم. قال: **(وإذا قتل المكاتب عمداً وليس له وارث إلا المولى وترك وفاء فله القصاص عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: لا أرى في هذا قصاصاً)** لأنه اشتبه سبب الاستيفاء فأنه الولاء إن مات حراً والملك إن مات عبداً وصار لمن قال لغيره بعني هذه الجارية بكذا، وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها لاختلاف السبب كذا هذا. وهما أن حق الاستيفاء للمولى بيقين على التقديرين وهو معلوم والحكم متحد، واختلاف السبب لا يفضي إلى المنازعة ولا إلى اختلاف حكم فلا يبالى به، بخلاف تلك المسألة لأن حكم

الأجداد من قبل الرجال والنساء والأم ولم يذكر الجدة من قبل الأب أصلاً فوقعت لي شبهة في الجدة من قبل الأب وقد زالت بحمد الله تعالى بما ذكر في كفاية البيهقي. قال: ولا يقتل أصول المقتول به وإن علوا خلافاً لمالك فيما إذا ذبحه ذبحاً اهـ. وأنت ترى أن الجدة من قبل الأب مذكورة في الهداية هنا صراحة فكيف خفيت عليه حتى وقعت له شبهة في أمرها قوله: **(ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «لا قود إلا بالسيف» والمراد به السلاح)** قال صاحب العناية

أثره في جنس الحكم المعلل به، فإنه لا يجوز أن يقتل والده وإن وجده في صف الأعداء مقاتلاً أو وجده زانياً وهو محصن فيجوز أن يتعدى به الحكم من الوالد إلى الجد مطلقاً وإلى الأم والجدات كذلك فإنهم أسباب لإحيائه فلا يجوز أن يكون سبباً لإفنائهم. قوله: **(والقصاص يستحقه المقتول)** جواب عما يقال الوارث يستحق إفناءه لا الولد ولا محذور فيه، ولو قال فمن المحال أن يتسبب لفنائه لاستغنى عن هذا السؤال والجواب. وقال مالك رحمه الله: إن ذبحه يقاد به لانتفاء شبهة الخطإ من كل وجه، بخلاف ما إذا رماه بسيف أو سكين فإن فيه توهم التأديب، لأن شفقة الأبوّة تمنعه عن ذلك فيتمكن فيه نوع شبهة، قال المصنف رحمه الله: وهو بإطلاقه حجة على مالك رحمه الله. وطولب بالفرق بين هذا وبين من زنى بابنته وهومحصن فإنه يرجم. أجيب بأن الرجم حق الله تعالى على الخلوص، بخلاف القصاص. لا يقال: فيجب أن يحد إذا زنى بجارية ابنه. لأن حق الملك بقوله ﷺ «أنت ومالك لأبيك» صار شبهة في الدرء. وقوله: **(لما بينا)** إشارة إلى قوله لأنه سبب إحيائه. وقوله: **(ولا ولده)** بالرفع معطوف على الضمير المستكن في يستوجب، وجاز ذلك بلا تأكيد بمنفصل لوقوع الفصل: يعني ولا يستوجب ولده على أبيه إذا قتل الأب عبد ولده. وقوله: **(ومن ورث قصاصاً على أبيه)** مثل أن يقتل الرجل أم ابنه مثلاً. وقوله: **(ولا يستوفي القصاص إلا بالسيف)** يعني إذا وجد القتل الموجب للقود لا يستوفى إلا بالسيف. وقال الشافعي رحمه الله: ينظر إن كان قتل بفعل مشروع مثل أن قطع يد رجل فمات منه فعل به مثل ذلك ويمهل مثل تلك المدة فإن مات وإلا تحزّ رقبته، وإن كان بغير مشروع كأن سقاه الخمر حتى قتله أو لاط بصغير فقتله يقتل بالسيف، لأن مبنى القصاص المساواة وذلك فيما ذكرنا لأن فيه مساواة في أصل الوصف والفعل المقصود به **(ولنا (قوله ﷺ: «لا قود إلا بالسيف» وهو نص على نفي استيفاء القود بغيره ويلحق به ما كان سلاحاً)** فإن قيل: يحتمل أن يكون المراد لا قود يجب إلا بالسيف. أجيب بأن القود اسم لفعل هو جزاء الفعل كالقصاص دون ما يجب شرعاً والحمل عليه مجاز باعتبار ما يؤول إليه، وهذا مختار صاحب

الأبوة تمنعه عن ذلك) أقول: أي تمنعه عن التعمد قوله: **(ويلحق به ما كان سلاحاً)** أقول: يأبى عن الإلحاق قول المصنف والمراد به السلاح نوع إباء قوله: **(فإن قيل: يحتمل أن يكون المراد لا قود يجب إلا بالسيف)** أقول: لا يمكن أن يورد هذا من طرف الشافعي، لأن القتل بالمثقل يوجب القود عنده قوله: **(أجيب بأن القود اسم لفعل هو جزاء الفعل كالقصاص دون ما يجب شرعاً والحمل عليه مجازاً باعتبار ما يؤول إليه)** أقول: كان مراده أن خبر لا إذا كان من الأفعال الخاصة يجب ذكره، فقوله يجب ليس خبراً للا، بل هو معتبر في مفهوم القود، فإنه بصدد أن يجب إذا كان وجد في مقابلة القتل بالسيف والخبر هو موجود، وفي بحث، فإن المراد به الوجود الشرعي، ولا يلزم اعتبار الوجوب في القود كما في المعنى الآخر فتدبر. ثم اعلم أن ضمير عليه في قوله والحمل راجع إلى «ما» في قوله دون ما يجب شرعاً.

ملك اليمين يغاير حكم النكاح. **(ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص وإن اجتمعوا مع المولى)** لأنه اشتبه من له الحق لأنه المولى إن مات عبداً والوارث إن مات حرّاً إذ ظهر الاختلاف بين الصحابة رضي الله عنهم في موته على نعت الحرية أو الرق. بخلاف الأولى لأن المولى متعين فيها. **(وإن لم يترك وفاء وله ورثة أحرار**

في حل هذا المحل: ولنا قوله ﷺ «لا قود إلا بالسيف»[1] وهو نص على نفي استيفاء القود بغيره ويلحق به ما كان سلاحاً. أقول: فيه خلل، لأنه إذا كان نصاً على نفي استيفاء القود بغير السيف فكيف يلحق به دلالة ما كان سلاحاً من غير السيف. وهو يتصوّر أن يدل كلام واحد على نفي شيء وإثباته معاً. والحق أن يكون المراد بالسيف في الحديث المزبور والسلاح مطلقاً بطريق الكناية كما أشار إليه المصنف بقوله والمراد به السلاح وصرح به صاحب الكافي والكفاية حيث قالا: ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «لا قود إلا بالسيف»[2] أي لا قود يستوفى إلا بالسيف، والمراد بالسيف السلاح، هكذا فهمت الصحابة رضي الله عنهم. وقال أصحاب ابن مسعود: لا قود إلا بسلاح، وإنما كنى بالسيف عن السلاح ا هـ. وقال في النهاية: فإن قيل: يحتمل أن يكون المراد من الحديث لا قود يجب إلا بالسيف لا أن يكون معناه لا قود يستوفى إلا بالسيف. قلنا: القود اسم لفعل هو جزاء القتل دون ما يجب شرعاً، وإن حمل عليه كان كان مجازاً، ولأن القود قد يجب بغير السيف كالقتل بالنار والإبرة فلم يمكن حمله عليه لوجود وجوب القود بدون القتل بالسيف، وإنما السيف مخصوص بالاستيفاء ا هـ. وذكر هذا السؤال في العناية

الأسرار. وفخر الإسلام رحمه الله قدره بلا قود يجب إلا بالسيف واستدل به لأبي حنيفة رحمه الله في نفي القصاص عن القتل بالمثقل وقد قررناه في التقرير. وقوله: **(ولأن فيما ذهب إليه)** دليل معقول يتضمن الجواب عن قوله لأن مبنى القصاص على المساواة. ووجهه لا نسلم وجود المساواة فيما ذهب إليه لأن فيه الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل، لأن فيه الخرج بعد فعل مثل ما فعل به، وأنه غير جائز لأدائه إلى انتفاء القصاص فيجب التحرز عنه كما في كسر العظم، فإن من كسر عظم إنسان سوى السن عمداً فإنه لا يقتص منه، وإذا جاز ترك القصاص كله عند توهم الزيادة فلأن يجوز ترك البعض أولى. قال:

---

(١) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ٢٦٦٨ والبزار كما في نصب الراية ٤/ ٣٤١ كلاهما من طريق الحر بن مالك عن مبارك بن فضالة عن الحسن أبي بكرة مرفوعاً.

وقال البزار: أحسب الحر بن مالك أخطأ فيه والناس يروونه مرسلاً اهـ.

وقد توبع فقد أخرجه الدارقطني ٣/ ١٠٦ والبيهقي ٨/ ٦٣ من وجه آخر عن مبارك بن فضالة به، وأعله البيهقي بمبارك وذكره ابن أبي حاتم في علله ١/ ٤٦١ من هذا الوجه وقال: قال أبي: هو حديث منكر.

وأخرجه الدارقطني ٣/ ١٠٦ والبيهقي ٨/ ٦٢. ٦٣ كلاهما بسند حسن عن الحسن مرسلاً.

وأخرجه ابن ماجه ٢٦٦٧ والطحاوي في المعاني ٣/ ١٨٤ والدارقطني ٣/ ١٠٦ والبيهقي ٨/ ٤٢. ٦٢ والطيالسي ٨٠٢ كلهم من حديث النعمان بن بشير مداره على جابر الجعفي كذبه أبو حنيفة وغيره. وأخرجه الطبراني كما في المجمع ٦/ ٢٩١ والدارقطني ٣/ ٨٨ كلاهما من حديث ابن مسعود وقال الدارقطني والهيثمي: فيه سليمان بن أرقم متروك. وأخرجه الدارقطني ٣/ ٨٨ من حديث أبي هريرة وقال: أبو معاذ هو سليمان بن أرقم متروك. وجاء في تلخيص الحبير ٤/ ١٩ ما ملخصه: قال عبد الحق: طرقه كلها ضعيفة وكذا قال ابن الجوزي وقال البيهقي: لم يثبت له إسناد وقال في الدراية ٢/ ٢٦٥: ويعارضه حديث العرنيين، وحديث اليهودي الذي رض رأس جارية بين حجرين، فأمر به رسول الله ﷺ أن يُرَضّ رأسه بالحجارة اهـ.

قلت: وهذا الأخير أخرجه البخاري ٦٨٧٩ باب من أقاد بحجر أو عصا وكرره ٦٨٧٧ ومسلم ١٦٧٢ باب ثبوت القصاص في القتل بالحجر وغيره وأبو داود ٤٥٢٩ و٤٥٢٧ و٤٥٣٥ باب القود بغير حديد والترمذي ١٣٩٤ والنسائي ٨/ ٢٢ باب القود بغير حديد وابن ماجه ٢٦٦٦ وابن حبان ٥٩٩٢ و٥٩٩٣ باب الخبر المدحض قول من زعم أن القود لا يكون إلا بالسيف أو الحديد. وأبو يعلى ٣١٤٩ والطحاوي ٣/ ١٩٠ والدارقطني ٣/ ١٦٨ وابن الجارود ٨٣٧ وأحمد ٣/ ١٩٣. ٢٦٢ من طرق كلهم من حديث أنس في هذا الخبر.

وقصد هؤلاء المحدثون الإثبات الرد على الحنفية في هذا الحديث، والله تعالى أجل وأعلم.

الخلاصة: حديث الباب ضعيف لا يتعداه وإن تعددت طرقه لشدة ضعفها. وفي بعضها من هو متهم بالكذب وأحسن ما فيه أنه عن الحسن مرسلاً وشيء آخر وهو كونه يعارض أحاديث صحيحة.

(٢) هو المتقدم.

وجب القصاص للمولى في قولهم جميعاً) لأنه مات عبداً بلا ريب لانفساخ الكتابة، بخلاف معتق البعض إذا مات ولم يترك وفاء، لأن العتق في البعض لا ينفسخ بالعجز **(وإذا قتل عبد الرهن في يد المرتهن لم يجب القصاص حتى يجتمع الراهن والمرتهن)** لأن المرتهن لا ملك له فلا يليه، والراهن لو تولاه لبطل حق المرتهن في الدين فيشترط

أيضا، ولكن قصر الجواب عنه فيها على الوجه الأول من الوجهين المذكورين في النهاية. أقول: في ذاك الوجه من الجواب نظر، لأنه إنما يتم أن لو كان مدار السؤال على احتمال أن يراد بلفظ القود المذكور في الحديث ما يجب شرعاً، وأما إذا كان مداره على احتمال أن يقدر في الحديث لفظ يجب بعد قوله لا قود كما هو الظاهر من عبارة السؤال فلا يتم ذلك، إذ لا مجاز حينئذٍ في لفظ القود. فإن قلت: المصير إلى التقدير ليس بأسهل من المصير إلى التجوّز فيحصل المطلوب وهو لزوم العدول إلى خلاف الظاهر من عبارة الحديث على الاحتمال الآخر. قلت: لا محيص عن تقدير شيء على المعنى الذي حملوه عليه أيضا، فإن معنى الحديث على ذاك لا قود يستوفى إلا بالسيف كما صرحوا به فلا بد من تقدير معنى الاستيفاء، ومثل ذلك بمعونة المقام ليس بعزيز في كلام البلغاء فلا يتم التقريب قوله: **(ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص)** أقول: أطلق الوارث هنا ولم يقيده بالحرّ وقيده في الصورة الآتية بذلك حيث قال: وإن لم يترك وفاء وله ورثة أحرار، وكان الأولى أن يعكس الأمر، فإنه إذا كان الوارث هنا رقيقاً فالظاهر أنه يجب القصاص للمولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف كما في الصورة السابقة لكون حق الاستيفاء حينئذٍ للمولى خاصة، إذ لا ولاية للأرقاء على استيفاء القصاص قط فلم يشتبه من له الحق هناك فإنه المولى على كل حال، إن مات عبداً فبالملك وإن مات حرّاً فبالولاء. وأما إذا كانت الورثة أرقاء في الصورة الآتية فيجب القصاص للمولى وحده في قولهم جميعاً كما إذا كانت الورثة أحراراً لأنه مات عبداً في تلك الصورة بلا ريب، والتقييد بالأحرار يشعر بكون الحكم في الأرقاء خلاف ذلك، بناء على أن مفهوم المخالفة معتبر عندنا أيضاً في الروايات كما صرحوا به، فالأحسن ما ذكره صاحب الكافي حيث قال في هذه الصورة: ولو ترك وفاء وله وارث حرّ غير المولى فلا قصاص، وقال في الصورة الآتية: فإن لم يترك وفاء له ورثة أحرار أو لا وجب القصاص للمولى عندهم. فإن قلت: الرقيق لا يكون وارثاً لأن الرق أحد الأمور الأربعة التي تمنع عن الإرث كما تقرر في علم الفرائض فلا احتاج إلى تقييد الوارث بالحرّ بل لا وجه له لإشعاره بكون الرقيق أيضاً وارثاً. قلت: المراد بالوراث هنا من كان من شأنه أن يرث، والرقيق كذلك لأنه يرث عند زوال الرق عنه لا من يرث بالفعل فيتحمل التقييد بالحرية وإلا يلزم أن لا يتم تقييد الورثة بالأحرار في الصورة الآتية أيضاً مع أنها قيدت بها في الكتاب بل في أصل الجامع الصغير للإمام الرباني قوله: **(وإن لم يترك وفاء وله ورثة أحرار وجب القصاص للمولى في قولهم جميعاً)**

(وإذ قتل المكاتب عمداً وليس له وارث إلى المولى الخ) إذا قتل المكاتب عمداً فلا يخلو إما أن ترك وفاء أو لم يترك، فإن كان الأول فلا يخلو إما أن يكون له وارث غير المولى أو لا، فإن كان الثاني فللمولى والقصاص عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وقال محمد رحمه الله: لا أرى في هذا قصاصاً. واستدل بما ذكر في الكتاب كأنه حام حول الدرء بالشبهات. ولهما أن حق الاستيفاء للمولى بيقين الخ، وهو في الحقيقة نفى اعتبار مثل هذه الشبهة لانحطاطها لدرجة الاعتبار، لأن السببين إذا رجعا إلى شخص وحكمهما لم يختلف صارا كسبب واحد لحكم واحد. وأما إذا رجعا إلى شخصين كما لو كان له وارث غير المولى واختلف حكمهما كالمسألة المستشهد بها فيمكن أن تكون معتبرة، فإن كان الأول فلا قصاص وإن

قال المصنف: **(وإن لم يترك وفاء وله ورثة أحرار وجب القصاص للمولى في قولهم جميعاً)** أقول: قال في الكفاية وذكر شيخ الإسلام يريد به لم يترك وفاء ولم يكن في قيمته وفاء بالمكاتبة أيضاً، فأما إذا كان في قيمته وفاء بالمكاتبة لا قصاص في وجب قيمته على القاتل في ماله، لأن موجب العمد وإن كان هو القصاص إلا أنه يجوز العدول إلى المال بغير رضا القاتل مراعاة لحق من له القصاص، كما إذا كانت يد القاطع شلاء كان للمقطوع يده العدول إلى المال بغير القاطع مراعاة لحق صاحب القصاص لما لم يجد مثل حقه

اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه. قال: **(وإذا قتل وليّ المعتوه فلأبيه أن يقتل)** لأنه من الولاية على النفس شرع لأمر راجع إليها وهو تشفي الصدر فيليه كالإنكاح. **(وله أن يصالح)** لأنه أنظر في حق المعتوه، وليس له أن يعفو

قال صاحب العناية: ولم يذكر ما إذا مات ولم يترك وفاء، ولا وارث له أو له ورثة أرقاء لعدم الفائدة في ذكره، لأن حكمه حكم المذكور في الكتاب اهـ. أقول: هذا كلام خال عن التحصيل، لأن كون حكمه حكم المذكور لا يقتضي عدم الفائدة في ذكره بل يكون بيان كون حكمه حكم المذكور عين الفائدة في ذكره؛ ألا ترى أن أكثر المسائل المذكورة في أبواب هذا الكتاب وفصوله متحدة الأحكام مع أنه لا مجال لأن يستغني بذكر بعضها عن ذكر الآخر، على أن تخصيص من له ورثة أحرار بالذكر يشعر بكون الحكم في غير المذكور خلاف حكم المذكور على قاعدة كون المفهوم معتبراً في الروايات كما ذكرناه من قبل فلا بد من بيان شيء يفيد كون الحكم في المتروك حكم المذكور، فالوجه في الاعتذار عن ترك ذلك أن يقال: إن حكم المتروك ها هنا معلوم من حكم المذكور بالأولوية على طريقة دلالة النص، فإنه إذا وجب القصاص للمولى وحده في قولهم جميعا فيما إذا كان له ورثة أحرار فلأن يجب القصاص للمولى وحده فيما إذا لم يكن له وارث أصلاً أو كان له ورثة أرقاء أولى كما لا يخفى قوله: **(بخلاف معتق البعض إذا مات ولم يترك وفاء، لأن العتق في البعض لا ينفسخ بالعجز)** قال في غاية البيان: قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي: وليس هذا كالعبد المعتق بعضه إذا مات عاجزاً، لأنه ذكر في المنتقى عن أبي حنيفة أن لا قصاص لأن عجز المكاتب ينفسخ به الكتابة فكأنها لم تكن، وموت المعتق لم ينفسخ به عتقه فالمولى يستحق القصاص في بعضه بالولاء وفي بعضه بالملك فلا يثبت له الاستحقاق بسببين مختلفين اهـ. أقول: فيه نظر، قد مرّ من قبل أن أصل أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله هو أن اختلاف السبب الذي لا يفضي إلى المنازعة ولا إلى اختلاف الحكم لا يبالي به، ولهذا كان للمولى القصاص عندهما فيما إذا قتل المكاتب عمداً وليس له وارث سوى المولى وترك وفاء فكيف يتم تعليل عدم وجوب القصاص عند أبي حنيفة في مسألة معتق البعض إذا مات عاجزاً بأن المولى يستحق القصاص في بعضه بالولاء وفي بعضه بالملك فلا يثبت له الاستحقاق بسببين مختلفين، إذ لا إفضاء إلى المنازعة على مقتضى هذا التعليل ولا إفضائه اختلاف الحكم فمن أين لا يثبت له الاستحقاق عنده بمجرد اختلاف السبب؟ ثم أقول: لعل مراد المصنف بقوله بخلاف البعض إذا مات ولم يترك وفاء ما إذا كان له وارث غير المولى، يرشد إليه ذكر مخالفة هذه المسألة في حيز قوله وإن لم يترك وفاء وله ورثة أحرار الخ فحينئذٍ يصح تتميم ما أجمله المصنف في تعليله بقوله لأن العتق في البعض لا ينفسخ بالعجز بأن يقال: فالمولى يستحق القصاص في البعض المملوك بالملك والوارث يستحقه في البعض المعتق بالإرث فيكون السببان راجعين إلى الشخصين فيبالى باختلافهما للإفضاء إلى المنازعة تأمل تقف قوله: **(وإذا قتل وليّ المعتوه فلأبيه أن يقتل)** يعني إذا

اجتمعوا لوجود الاشتباه على ما ذكر، لأن الصحابة رضي الله عنهم اختلفوا في موته على نعت الحرية أو الرق، فإنه على قول عليّ وابن مسعود رضي الله عنهما يموت حراً إذا أديت كتابته فيكون الاستيفاء لورثته، وعلى قول زيد بن ثابت رضي الله عنه يموت عبداً فيكون استيفاء القصاص للمولى **(بخلاف الأولى فإن المولى متعين فيها)** وإن كان الثاني وهو ما إذا مات ولم يترك وفاء فواضح كما ذكر، ولم يذكر ما إذا مات ولم يترك وفاء ولا وارث له أو له ورثة أرقاء لعدم الفائدة في ذكره، لأن حكمه حكم المذكور في الكتاب. وقوله: **(بخلاف معتق البعض إذا مات ولم يترك وفاء)** يعني لا يجب القصاص لأن ملك المولى لا يعود بموته ولا ينفسخ بالعجز ما عتق منه. وقوله: **(وإذا قتل وليّ المعتوه)** يعين ابنه **(فلأبيه)** وهو جدّ المقتول الاستيفاء **(لأنه من)** باب **(الولاية على النفس شرع لأمر راجع إليها)** أي إلى النفس **(وهو تشفي الصدر فيليه كالإنكاح)** ولا يتوهم أن كل

بكامله، فكذا هنا جاز العدول إلى المال بغير رضا القاتل مراعاة لحق من له القصاص، لأن وجوب القيمة أنفع له، لأنه يحكم بحريته وحرية أولاده إذا أدى بدل الكتابة من قيمته اهـ. والمراد إذا كان في الفائت مالية حتى لا يخالف مذهبنا على ما سبق.

لأن فيه إبطال حقه **(وكذلك إن قطعت يد المعتوه عمداً)** لما ذكرنا **(والوصي بمنزلة الأب في جميع ذلك أنه لا يقتل)** لأنه ليس له ولاية على نفسه وهذا من قبيله، ويندرج تحت هذا الإطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف فإنه لم يستثن إلاّ القتل. وفي كتاب الصلح أن الوصيّ لا يملك الصلح لأنه تصرف في النفس بالاعتياض عنه فينزل منزلة الاستيفاء، ووجه المذكور ها هنا أن المقصود من الصلح المال وأنه يجب بعقده كما يجب بعقد الأب بخلاف القصاص لأن المقصود التشفي وهو مختص بالأب ولا يملك العفو لأن الأب لا يملكه لما فيه من الإبطال فهو أولى، وقالوا القياس ألا لا يملك الوصي الاستيفاء في الطرف كما يملكه في النفس لأن المقصود متحد وهو

قتل قريب المعتوه فلأبي المعتوه أن يقتل: أي له ولاية استيفاء القصاص من القاتل. قال صاحب العناية في شرح هذه المسألة: وإذا قتل ولي المعتوه بعني ابنه فلأبيه وهو جد المقتول الاستيفاء. أقول: هذا تقصير في بيان المسألة، فإن من كان القصاص له حق المعتوه دون أبيه غير منحصر في ابن المعتوه بل يعم ابنه وغيره كأخيه وأخته لأم من غير أبيه وكأمه المطلقة من أبيه وغير ذلك. وعبارة الكتاب تتحمل التعميم. فإن ولي المعتوه بمعنى قريبه يعم الكل فما معنى تخصيص المسألة مع عموم جوابها. وصاحب النهاية أصاب في تفسير ولي المعتوه بمعنى قريبة يعم الكل فما معنى تخصيص المسألة مع عموم جوابها. وصاحب النهاية أصاب في تفسير ولي المعتوه، ولكن أفسد بعده حيث قال: وإذا قتل ولي المعتوه أي قريبه وهو ابنه: يعنى إذا كان المعتوه ابن فقتل ابنه فلابن المعتوه وهو جدّ المقتول ولاية استيفاء القصاص اهـ. واقتفى أثره جماعة من الشراح، والحق ما قدمناه من التعميم، وغاية ما يمكن في توجيه كلامهم أن يحمل ما ذكروه على التمثيل دون التخصيص قوله: **(لأنه من الولاية على النفس شرع لأمر راجع إليها وهو تشفي الصدر فيليه كالإنكاح)** قال صاحب الغاية: قال بعض الشارحين في هذا الموضع: كل من ملك الإنكاح لا يملك استيفاء القصاص، فإن الأخ يملك الإنكاح ولا يملك استيفاء القصاص، فأقول: ليس هذا بشيء، لأن الأخ يملك استيفاء القصاص إذا لم يكن ثمة من هو أقرب منه كالأب والابن، وكذلك يملك الإنكاح إذا لم يكن ثمة ولي أقرب منه، فإذا كان ثمة أقرب منه فلا يمكن الإنكاح أيضا لأن من يستحق الدم هو الذي يستحق مال المقتول على فرائض الله تعالى الذكر والأنثى في ذلك سواء حتى الزوج والزوجة، وبه صرح الكرخي في

من ملك الإنكاح ملك استيفاء القصاص كالأخ فإنه يملك الإنكاح دون القصاص لأنه شرع للتشفي وللأب شفقة كاملة يعدّ ضرر الولد ضرر نفسه فجعل ما يحصل له من التشفي كالحاصل للابن بخلاف الأخ **(وله)** أي لوليّ المعتوه **(أن يصالح)** لكن على قدر الدية، فإن نقص يجب كمال الدية لأنه أنظر في حق المعتوه. وقوله: **(لما ذكرنا)** إشارة إلى قوله لأنه من الولاية على النفس. وقوله: **(لأنه ليس له ولاية على نفسه)** أي نفس المعتوه **(وهذا)** أي الاستيفاء **(من قبيله ويندرج تحت هذا الإطلاق)** يريد قوله والوصي بمنزلة الأب في جمع ذلك. وقوله: **(إن الوصيّ لا يملك الصلح)** يعني عن النفس، وأما عما دونها فيملكه. وقوله: **(وأنه)** أي المال يجب بعقده أي بعقد الوصيّ. قال: **(ومن قتل وله أولياء صغار وكبار الخ)** إذا كان أولياء القتيل صغاراً وكباراً فإما أن يكون فيهم الأب أو لا، فإن كان فلهم الاستيفاء عند علمائنا رحمهم الله بالاتفاق وإن لم يكن فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا: ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار ووجههما ظاهر على ما ذكر. ووجه أبي

قوله: **(ولا يتوهم أن كل من ملك الإنكاح ملك استيفاء القصاص كالأخ فإنه يملك الإنكاح دون القصاص)** أقول: قال الإتقاني: قال بعض الشارحين في هذا الموضع: كل من ملك الإنكاح لا يملك استيفاء القصاص، فإن الأخ يملك الإنكاح ولا يملك استيفاء القصاص. فأقول: هذا ليس بشيء، لأن الأخ يملك استيفاء القصاص إذا لم يكن ثمة من هو أقرب منه كالأب والابن، وكذا يملك الإنكاح إذا لم يكن ثمة ولي أقرب منه، فإذا كان ثمة أقرب منه فلا يملك الإنكاح أيضاً، لأن من يستحق الدم هو الذي يستحق مال المقتول على فرائض الله تعالى الذكر والأنثى في ذلك سواء حتى الزوج والزوجة، وبه صرح الكرخي في مختصره اهـ. وفيه بحث، لأن ما ذكره فيما إذا قتل الأخ، وكلام الشارحين فيما إذا كان الأخ المعتوه والأب حي قوله: **(لأنه شرع للتشفي)** أقول: هذا تعليل لقوله ولا يتوهم أن كل من ملك الإنكاح ملك استيفاء القصاص الخ.

التشفي، وفي الاستحسان يملكه لأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال فإنها خلقت وقاية للأنفس كالمال على ما عرف فكان استيفاؤه بمنزلة التصرف في المال، والصبي بمنزلة المعتوه في هذا، والقاضي بمنزلة الأب في الصحيح؛ ألا ترى أن من قتل ولا وليّ له يستوفيه السلطان والقاضي بمنزلته فيه، قال: **(ومن قتل وله أولياء صغار وكبار فللكبار أن يقتلوا القاتل عند أبي حنيفة. وقالا ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار)** لأن القصاص مشترك بينهم ولا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزي، وفي استيفائهم الكل إبطال حق الصغار فيؤخر إلى إدراكهم كما إذا كان بين الكبيرين وأحدهما غائب أو كان بين المولِيين. وله أنه حق لا يتجزأ لثبوته بسبب لا يتجزأ وهو القرابة، واحتمال

مختصره، إلى هنا لفظ الغاية، أقول: ما نسبه إلى بعض الشارحين قول كل الشارحين سواه، ورده عليهم مردود، فإنه ناشىء من عدم فهم معنى المقام ومراد الشراح، لأن معنى المقام أنه إذا قتل أحد ممن كان القصاص له حق المعتوه دون حق غيره كان لأبي المعتوه ولاية استيفاء القصاص من القاتل نيابة عن المعتوه كما له ولاية إنكاح المعتوه والصبيّ، ومراد الشراح التنبيه على أن ليس كل من يملك إنكاح الغير يملك استيفاء القصاص من قبل الغير، فإن الأخ مثلاً يملك إنكاح المعتوه والصبيّ ولا يملك استيفاء القصاص من قبلهما، بخلاف الأب فإنه يملكها معاً. وبينوا وجه الفرق بأن القصاص شرع للتشفي وللأب شفقة كاملة يعدّ ضرر الولد ضرر نفسه فجعل ما يحصل له من التشفي كالحاصل للابن، بخلاف الأخ، فقول صاحب الغاية لأن الأخ يملك استيفاء القصاص إذا لم يكن ثمة من هو أقرب منه كالأب والابن إن أراد به أنه يملك ذلك باستحقاقه إياه بنفسه كما هو الظاهر من تعليله بقوله لأن من يستحق الدم هو الذي يستحق مال المقتول على فرائض الله تعالى فهو مسلم، ولكن لا مساس له بالمقام ولا بما قاله الشراح، فإن الكلام ها هنا في ولاية استيفاء القصاص نيابة بدون أن يستحق القصاص بنفسه أصالة، وهو معنى المسألة التي نحن فيها كما يفصح عنه جداً عبارة المحيط البرهاني فإنه قال فيه: وإذا وجب القصاص لصغير أو معتوه في النفس أو فيما دون النفس وله أب ولا حق للأب في هذا القصاص فإن الأب يملك استيفاءه عند علمائنا خلافاً للشافعي اهـ. وإن أراد بذلك أن الأخ يملك نيابة عن الغير أيضاً وإن لم يستحقه بنفسه أصالة فهو ممنوع جداً، ولم أر في شيء من كتب الفقه أن أحداً ذهب إليه وقال به: والدليل الذي ذكروه في الفرق بين الأب وغيره هنا يقتضي ذلك قطعاً قوله: **(وله أن يصالح لأنه أنظر في حق المعتوه)** قال جمهور الشراح: هذا فيما إذا صالح على قدر الدية. أما إذا صالح على أقل من الدية لم يجز الحط وإن قل ويجب كمال الدية اهـ. وكذا ذكره الإمام الزيلعي

حنيفة رحمه الله مبني على ثبوت التفرقة بين الصغار والغيب من حيث احتمال العفو في الحال وعدمه، فإنه في الغائب موهوم فالاستيفاء يقع مع الشبهة وهو لا يجوز، وفي الصغير مأيوس حال الاستيفاء فانتفى الشبهة، وإذا انتفى الشبهة وهو حق لا يتجزى لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة يثبت لكل واحد كملاً كالولاية في الإنكاح. واعترض بأنه لو كان كذلك لما سقط القصاص بعفو أحدهما، كما لو تعدد القتيل وعفا أحد الأولياء فإن لغيره ولاية استيفاء قصاص قتيله لا محالة. وأجيب بأن الحق واحد، فلو لم يسقط كان ثابتاً ساقطاً وهو محال فيسقط القصاص وينقلب مالاً نظراً للجانبين، بخلاف ما إذا تعدّد القتيل

قوله: **(فإما أن يكون فيهم الأب)** أقول: أي أب المقتول أو أب الصغير قوله: **(لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة)** أقول: كيف يكون سببه القرابة وهو يثبت للزوج والزوجة قوله: **(واعتراض بأنه لو كان كذلك)** أقول: أي لو ثبت لكل واحد كملاً قوله: **(وأجيب بأن الحق واحد فلو لم يسقط كان ثابتاً ساقطاً وهو محال)** أقول: إن أراد كان ثابتاً في حق غير العافي ساقطاً في حقه فاستحالته ممنوعة، وإن أراد كان ثابتاً مطلقاً ساقطاً كذلك فلا نسلم لزومه من عدم السقوط في حق غير العافي فيجوز أن يسقط في حق العافي. وثمرته أنه لا يقدر بعد العفو على القصاص ويثبت في حق غيره، ولعل الأظهر أن يقال: لما كان الحق واحداً وسقط في حق العافي أورث الشبهة في حق الباقي لما أنه واحد فكان ثابتاً من وجه ساقطاً من وجه، وما هو كذلك فيه شبهة عدم الثبوت، والشبهة تؤثر في سقوط القصاص قوله: **(ولئن سلمنا فأحد المولِيين إنما ينفرد بالاستيفاء)** أقول: فيكون قوله إنه حق لا يتجزى مخصوصاً بما إذا لم يكن السبب القرابة كما لا يخفى.

العفو من الصغير منقطع فيثبت لكل واحد منهما كملاً كما في ولاية الإنكاح، بخلاف الكبيرين لأن احتمال العفو من الغائب ثابت ومسألة الموليين ممنوعة. قال: (**ومن ضرب رجلا بمرّ فقتله، فإن أصابه بالحديد قتل به وإن أصابه بالعود فعليه الدية**) قال رضي الله عنه: وهذا إذا أصابه بحدّ الحديد لوجود الجرح فكمل السبب، وإن أصابه بظهر الحديد فعندهما يجب، وهو رواية عن أبي حنيفة اعتباراً منه للآلة وهو الحديد. وعنه إنما يجب إذا جرح وهو الأصح على ما نبينه إن شاء الله تعالى، وعلى هذا الضرب بسنجات الميزان؛ وأما إذا ضربه بالعود فإنما تجب الدية

في شرح الكنز، وقال صاحب الغاية: قال بعضهم في شرحه: هذا إذا صالح على مثل الدية، أما إذا صالح على أقل من الدية لم يجز الحط وإن قل ويجب كمال الدية، ولنا فيه نظر، لأن لفظ محمد أن الجامع الصغير مطلق حيث جوّز صلح أبي المعتوه عن دم قريبه مطلقاً لأنه قال: وله أن يصالح من غير قيد بقدر الدية فينبغي أن يجوز الصلح على أقل من قدر الدية عملاً بإطلاقه، وإنما جاز صلحه على المال لأنه أنفع للمعتوه من القصاص، فإذا جاز استيفاء القصاص فالصلح أولى والنفع يحصل في القليل والكثير، ألا يرى أن الكرخي قال في مختصره: وإذا وجب لرجل على رجل قصاص في نفس أو فيما دونها فصالح صاحب الحق من ذلك على مال فذلك جائز قليلاً كان المال أو كثيراً كان ذلك دون دية النفس أو أرش الجراحة أو أكثر، إلى هنا لفظه. أقول: نظره ساقط، فإن لأصحاب التخريج من المشايخ صرف إطلاق كلام المجتهد إلى التقييد إذا اقتضاء الفقه كما صرحوا به، وله نظائر كثيرة في مسائل الفقه، فيجوز أن يكون الأمر ها هنا كذلك، والظاهر أن الشراح أخذوا التقييد هنا من كلام مشايخنا المتقدمين من أصحاب التخريج، ولا يبعد أن يصل بعض من أنفس الشراح أيضاً إلى تلك الرتبة، فلا يقدح فيما قالوا إطلاق ظاهر لفظ محمد رحمه الله في هذه المسألة، ثم إن قوله إنما جاز صلحه على المال لأنه أنفع للمعتوه من القصاص مسلم. وقوله والنفع يحصل في القليل والكثير ممنوع، فإن في القصاص تشفي الصدر وما دون الدية في مقابلة تشفي الصدر لا يعد نفعاً عرفاً، وولاية الأب للمعتوه نظرية فلا بد أن يكون تصرفه في حق المعتوه من قبيل ما يعدّ نفعاً عرفاً وعادة. وأما تنويره بما ذكره الكرخي في مختصره فليس بصحيح جداً، فإن الذي نقله عن مختصر الكرخي ما إذا كان المصالح صاحب حق القصاص بنفسه وصلح صاحب الحق عن حقه على كثير من المال وقليله جائز بلا ريب إذ له إسقاط حقه بالكلية بلا أخذ عوض عنه أصلاً فتركه بمقابلة ماله وإن قل أولى بخلاف ما نحن فيه فإن المصالح هنا ولي صاحب حق القصاص وهو أبوه لا نفس صاحب الحق وهو المعتوه فلا بد في تصرفه من النظر لمن له الحق لكون ولايته نظرية وبالجملة مدار كلامه هذا أيضا عدم الفرق بين التصرف لنفسه أصالة وبين التصرف لغيره نيابة. ثم أقول: بقي شيء في أصل الدليل الذي ذكره المصنف بقوله لأنه أنظر في حق المعتوه من القصاص وهو أن الصلح على مال إذا كان أنظر في حق المعتوه من القصاص كان ينبغي أن لا يملك الأب استيفاء القصاص من قبل المعتوه عند إمكان المصالحة على المال، لأن ولاية الأب على المعتوه لما كانت نظرية كان عليه أن يراعي ما هو أنظر له؛ ويمكن أن يجاب عنه بأن كون الولاية نظرية لا يستدعي وجوب العمل بما هو الأنظر، لأن في

فإن الحق ثمة متعدد فلا يلزم من سقوط بعض سقوط غيره. وقوله: (**ومسألة الموليين ممنوعة**) جواب عن قوله أو كان بين الموليين، وسند منعه ما ذكر في الأسرار لا رواية في عبد أعتقه رجلان ثم قتل أو قتل وله موليان فيجوز أن يقال: لا نسلم أن أحدهما لا ينفرد بالاستيفاء، ولئن سلمنا فأحد الموليين إنما لم ينفرد بالاستيفاء لأن السبب لم يكمل في حقه، لأن بعض الملك وبعض الولاء ليس بسبب أصلاً فكانا كشخص واحد، والواحد منهما كنصف رجل وشطر علة. وقوله: (**ومن ضرب رجلاً بمرّ الخ**) واضح، وكذا قوله: (**ومن غرّق صبياً**) و (**كما بيناه**) إشارة إلى قوله يفعل به كما فعل إن كان فعلاً مشروعاً. وقوله: (**لهم**) أي لأبي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله، لكن استدلال الشافعي بالحديث واستدلالهما بالمعقول. وقوله: (**ولا مراء في العصمة**) أي لا شك فيها. وقوله: (**ومنه المقصة للجلمين**) الجلم الذي يجز به وهما جلمان. وقوله:

لوجود قتل النفس المعصومة وامتناع القصاص حتى لا يهدر الدم، ثم قيل: هو بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلاً بالمثقل، وفيه خلاف أبي حنيفة على ما نبين، وقيل هو بمنزلة السوط، وفيه خلاف الشافعي وهي مسألة الموالاة. له أن الموالاة في الضربات إلى أن مات دليل العمدية فيتحقق الموجب. ولنا ما روينا «ألا إن قتيل خطإ العمد» ويروى «شبه العمد» الحديث ولأن فيه شبهة عدم العمدية لأن الموالاة قد تستعمل للتأديب أو لعله اعتراه القصد في

خلافه أيضا حصول أصل النظر، بل إنما يقتضي أولوية العمل بذلك، ولم ينف أحد أولوية المصالحة على المال فيما نحن فيه، على أن كون المصالحة أنظر في حق المعتوه القاص من كل الوجوه ممنوع، ودلالة عبارة الكتاب عليه أيضاً ممنوعة، فيجوز أن تكون المصالحة أنظر في حقه من وجه وهو حصول منفعة المال له، ويكون القصاص أنظر له من وجه آخر وهو دفع سبب الهلاك عن نفسه، فإنهم صرحوا بأن المقصود بالقصاص تشفي الصدر أو دفع سبب الهلاك عن نفس ولي المقتول كما أشير إليه بقوله تعالى ﴿ولكم في القصاص حياة﴾ البقرة (١٧٩) فحينئذٍ لا يلزم أولوية العمل بالمصالحة رأساً فضلاً عن وجوبه قوله: (**ومن قتل وله أولياء صغار وكبار**) قال صاحبا النهاية والكفاية في شرح هذا المحل بأن كان للمقتول أخوان أحدهما صغير والآخر كبير. أقول: هذا الشرح لا يطابق عبارة المشروح لأن لفظ الأولياء في المشروح صيغة الجمع، وكذا لفظ الصغار والكبار فكيف يتصوّر تصوير معنى المشروح بأن كان للمقتول أخوان أحدهما صغيراً والآخر كبيراً ولا يساعده لفظ الأولياء فضلاً عن لفظي الصغار والكبار. والظاهر في التصوير أن يقال بأن كان للمقتول إخوة بعضهم صغار وبعضهم كبار، وغاية ما يمكن في توجيه كلام ذينك الشارحين أن يقال: ليس مقصودهما شرح كلام المصنف على وفق عين عبارته، بل مقصودهما مجرد تصوير المسألة على وجه يتضمن الإشارة إلا أنه لا احتياج في تحقيق مادة هذه المسألة إلى تحقيق معنى الجمعية لا في جانب الصغير ولا في جانب الكبير بل ولا في مجموع الجانبين أيضا قوله: (**كما إذا كان بين الكبيرين وأحدهما غائب أو كان بين المولبين**) قال صاحب النهاية في شرح قوله أو كان بين المولبين: أي وأحدهما غائب، واقتفى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المحال. أقول: ليس هذا بشرح صحيح عندي، إذ لو كان مراد المصنف هذا المعنى لكان ذكر قوله أو كان بين المولبين مستدركاً محضاً إذ يتناوله حينئذٍ قوله كما إذا كان بين الكبيرين وأحدهما غائب فيستغني عن قوله أو كان بين المولبين. وأيضاً لو كان مراده ذلك لما قدم قوله وأحدهما غائب على قوله أو كان بين المولبين بل كان عليه أن يؤخر قوله وأحدهما غائب عن ذلك ليتعلق بمجموع القولين فلا يحتاج إلى التقدير في الثاني والصواب في شرح قوله أو كان بين المولبين أن يقال: أي وأحدهما صغير إذ لا يلزم حينئذٍ شيء من المحذورين المذكورين بل يكون كل من قوليه المزبورين إشارة إلى مسألة مستقلة مغايرة للأخرى ويوافقه صريح ما ذكر في المبسوط فإنه قال في باب الوكالة بالدم من الديات صورة مسألة المولبين فيما إذا كان العبد مشتركاً بين الصغير والكبير فقتل العبد ليس للكبير ولاية استيفاء القصاص قبل أن يدرك الصغير بالاتفاق اهـ تبصر قوله: (**وله أنه حق لا يتجزى لثبوته بسبب لا يتجزأ وهو القرابة**). أقول في تمام الاستدلال بعدم تجزي سبب القصاص وهو القرابة على عدم تجزي القصاص نفسه خفاء. فإن العقل لا يجد محذوراً في كون السبب بسيطاً

(**وما رواه غير مرفوع**) لأنه يلزم على قوله التحريق بالتحريق وهو منهي عنه، قال ﷺ «لا تعذبوا أحداً بعذاب الله» (**أو هو محمول على السياسة وقد أومت**) أي أشارت (**إليه**) أي إلى كونه محمولا على السياسة (**إضافته إلى نفسه**) حيث قال غرّقناه ولم يقل غرّقوه. وقوله: (**واختلاف الروايتين**) مرفوع على الابتداء. وقوله: (**في الكفارة**) خبره: يعني أن اختلاف الروايتين عن أبي حنيفة رحمه الله إنما كان في الكفارة، فإنه روي عنه أن لا كفارة في شبه العمد، وروى الطحاوي أن فيه الكفارة عنده، وأما الدية فإنها واجبة عنده من غير تردد. وقوله: (**لوجود السبب**) يعني سفك دم محقون على التأبيد عمداً (**وعدم ما يبطل حكمه**) يعني من عفو أو شبهة. وقوله: (**وإذا التقى الصفان**) ظاهر. وقوله: (**أحد نوعي الخطإ**) يريد به الخطأ في

خلال الضربات فيعري أول الفعل عنه وعساه أصاب المقتل والشبهة دارئة للقود فوجبت الدية. قال: **(ومن غرّق صبياً أو بالغاً في البحر فلا قصاص)** عند أبي حنيفة، وقال: يقتص منه وهو قول الشافعي، غير أن عندهما يستوفى حزّاً وعنده يغرّق كما بيناه من قبل، لهم قوله عليه الصلاة والسلام «من غرّق غرّقناه» ولأن الآلة قاتلة فاستعمالها أمارة العمدية. ولا مراء في العصمة. وله قوله عليه الصلاة والسلام «ألا إن قتيل خطإ العمد قتيل السوط والعصا» وفيه «وفي كل خطإ أرش» ولأن الآلة غير معدة للقتل ولا مستعملة فيه لتعذر استعماله فتمكنت شبهة عدم العمدية ولأن القصاصا ينبيء عن المماثلة، ومنه يقال: اقتص أثره، ومنه المقصة للجلمين، ولا تماثل بين الجرح والدق لقصور الثاني عن تخريب الظاهر، وكذا لا يتماثلان في حكمة الزجر لأن القتل بالسلاح غالب وبالمثقل نادر، وما رواه غير

والمسبب مركباً، كيف والظاهر أن القرابة التي لا تتجزى كما أنها سبب لاستحقاق ولي القتيل القصاص في القتل العمد كذلك هي سبب أيضاً لاستحقاقه الدية في القتل الخطأ، مع أنه لا شك أن الدية تتجزى لأنها مال والمال منجز بلا ريب، فالأظهر في بيان كون القصاص حقاً لا يتجزى ما ذكر في الكافي ومعراج الدراية أثناء تقرير دليل الإمامين وهو أن القتل غير منجز لأنه تصرف في الروح وذا لا يقبل التجزي. ثم إن بعض الفضلاء طعن في قولهم هنا إن سبب القصاص هو القرابة حيث قال: كيف يكون سببه القرابة وهو يثبت للزوج والزوجة ا هـ. أقول: نعم يثبت للزوج والزوجة بل للمعتق والمعتقة أيضا كما صرحوا به مع أن السبب في الزوج والزوجة هو الزوجية، وفي المعتقة هو الولاء دون القرابة، إلا أن الظاهر أن قولهم ها هنا وهو القرابة إما بناء على التغليب لكون أولياء القتيل في الأكثر قرائبه، وإما بناء على أنهم أرادوا بالقرابة هنا بالاتصال الموجب للإرث دون حقيقة القرابة فيعم الكل قوله: **(واحتمال العفو من الصغير منقطع فيثبت لكل واحد منهما كملاً كما في ولاية الإنكاح)** قال الشراح: وجه أبي حنيفة مبني على ثبوت التفرقة بين الصغار والكبار الغيب من حيث احتمال العفو في الحال وعدمه، فإن العفو في الغائب موهوم حال استيفاء القصاص لجواز أن يكون الغائب والحاضر لا يشعر به فلو استوفى كان استيفاء مع الشبهة وهو لا يجوز. وأما العفو في الصغير فمأيوس حال استيفاء القصاص لأنه ليس من أهل العفو، وإنما يتوهم العفو منه بعد بلوغه، والشبهة في المال لا تعتبر لأن ذلك يؤدي إلى سدّ باب القصاص لاحتمال أن يندم ولي المقتول على قتله. وقال في النهاية كذا في مبسوط شيخ الإسلام والجامع الصغير للإمام المحبوبي.

أقول: لقائل أن يقول: إذا لم يكن للغائب شعور أصلاً بكون قريبه مقتولاً بأن كان في مسيرة سنة مثلاً من موضع القتل فأنى يتوهم منه العفو في الحال إذ العفو عن الشيء فرع الشعور به، فحيث لا شعور به لا يتصوّر العفو عنه. ومسألة الغائب تعم مثل هذه الصورة أيضاً فكيف يتم فيها ما ذكروا من التفرقة، ثم أقول: يمكن أن يدفع ذلك بأنه يجوز أن يقول ذلك الغائب في ذلك الموضع في تلك الحالة أو قبلها كل حق يثبت لي على الغير فإني عفوته وبرئت منه، فيندرج في هذه الكلية عفوه عن قتل قريبه أيضاً، ولا يلزم الشعور بخصوصه فهذا الاحتمال في صورة

القصد. وقوله: **(وكذا الدية)** منصوب عطفاً على الكفارة. وقوله: **(على ما نطق به النص)** يريد به قوله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمناً خطأ﴾ الآية. وقوله: **(ولما اختلفت سيوف المسلمين)** أي توالت روى «أن سيوف المسلمين توالت على اليمان أبي حذيفة في بعض الليالي في غزوة الخندق فقتلوه على ظن أنه مشرك فقضى رسول الله بالدية فوهبها لهم حذيفة» وقوله: (ومن

قال المصنف: **(وفيه خلاف أبي حنيفة رحمه الله تعالى)** أقول: فيه أن قضية المساق أن يقول: وفيه خلاف أبي يوسف ومحمد فليتأمل قال المصنف: **(وهي مسألة الموالاة)** أقول: فيه بحث، بل تلك أعم منها، فإن القتل بالسوط قد يكون بدون الموالاة كما إذا ضرب صغيراً فمات منه. وجوابه أن الضمير عائد إلى خلافية الشافعية لا إلى مسألة القتل بالسوط مطلقاً فافهم قال المصنف: **(لهم قوله عليه الصلاة والسلام «من غرق غرقناه»)** أقول: دليل الشافعي فلا يرد أن مذهبهما أن لا قود إلا بالسيف.

مرفوع أو هو محمول على السياسة وقد أومت إليه إضافته إلى نفسه فيه، وإذا امتنع القصاص وجبت الدية، وهي على العاقلة وقد ذكرناه واختلاف الروايتين في الكفارة. قال: **(ومن جرح رجلاً عمداً فلم يزل صاحب فراش حتى**

أن كان بعض الأولياء غائباً، وإن كان موهوماً يورث شبهة في الحال فلا يستوفي القصاص بها بالإجماع، ولعل حل هذا المقام بهذا الوجه مما لا بد منه وقد أهمله الجمهور قوله: **(ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلاً بالمثقل، وفيه خلاف أبي حنيفة)** أقول: كان حق التحرير هنا أن يقول: وفيه خلاف أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، لأن الحكم المذكور فيما سبق في أصل المسألة وجوب الدية عند الإصابة بالعود لا وجوب القود عند ذلك، وخلاف أبي حنيفة في وجوب القود في القتل بالمثقل لا في وجوب الدية فيه فإن وجوبها فيه عين مذهب أبي حنيفة وإنما الخلاف فيه لأبي يوسف ومحمد. وقصور تحرير المصنف هنا مع كونه ظاهراً جدا لم يتعرض له أحد من الشراح لا من جهة القدح ولا من جهة التوجيه فكأنهم لم يتنبهوا له قوله: **(لهم قوله عليه الصلاة والسلام «من غرّق غرّقناه»[1])** قال صاحب النهاية: وقوله لهم: أي للشافعي ولهما لكن للشافعي الاستدلال بالحديث ولهما الاستدلال بالمعقول اهـ وتبعه جماعة من الشراح منهم صاحب العناية حيث قال: وقوله لهم: أي لأبي يوسف ومحمد والشافعي، لكن استدلال الشافعي بالحديث واستدلالهما بالمعقول ا هـ. أقول: لا مساعدة في عبارة المشروح لهذا المعنى، لأن المصنف أعاد لام التعليل في المعقول حيث قال: ولأن الآلة قاتلة وذلك يقتضي أن يكون قوله ولأن الآلة قاتلة الخ معطوفاً على قوله لهم قوله عليه الصلاة والسلام «من غرق غرقناه» فلم يبق في حيز قوله لهم إلا الحديث فلا مجال للتوزيع لأنه إنما يتصور أنّ لو كان المعنى لهم الحديث والمعقول، وعبارة الكتاب تقتضي أن يكون المعنى لهم الحديث ولهم المعقول، وهذا لا يكون إلا بمشاركة مجموعهم في كل واحد من الدليلين تأمل تقف. وقال صاحب الكفاية بعد ذكر ما ذكره صاحب النهاية: إذ للشافعي الاستدلال بالحديث في وجوب القصاص وفي الاستيفاء. ولهما الاستدلال بالحديث في وجوب القصاص ولم يعملا في الاستيفاء بهذا الحديث لقوله عليه الصلاة والسلام «لا قود إلا بالسيف»[2] ا هـ. أقول: وفيه بحث، لأن وجوب القصاص وكيفية الاستيفاء إنما يستفادان من لفظ واحد في الحديث المذكور وهو غرّقناه، فالعمل بأحدهما دون الآخر مع كونه لا يخلو عن إشكال في نفسه لا موجب له، لأن العمل به في حق الاستيفاء إنما يجب أن يترك بقوله ﷺ «لا قود إلا بالسيف»[3] أن لو ثبت تأخر قوله عليه الصلاة والسلام «لا قود إلا بالسيف»[4] عن قوله عليه الصلاة والسلام «من غرّق غرّقناه»[5] أو ثبت كونه أقوى منه وشيء منهما لم يثبت لا يقال: يكفي التعارض بينهما فإنهما إذا تعارضا تساقطا. لأنا نقول: لو كان كذلك لما صح الاستدلال بقوله عليه الصلاة والسلام «لا قود إلا بالسيف»[6] على أن لا يستوفي القصاص إلا

شج نفسه) واضح. وقوله: **(وفعله بنفسه هدر في الدنيا)** يعني فلم يكن معتبراً في حق الضمان لمكان الاستحالة والتنافي. وقوله: **(يغسل ويصلى عليه)** أثر كون فعله غير معتبر لأنه لما كان يغسل ويصلى عليه صار كأنه مات حتف أنفه بمرض من

---

(١) ضعيف جداً. أخرجه البيهقي ٨/٤٣ من حديث البراء بن عازب بلفظ: من عرض عرضنا له، ومن حرّق حرقناه ومن غرّق غرّقناه.
قال الزيلعي في نصب الراية ٤/٣٤٣: قال صاحب التنقيح. ابن عبد الهادي فيه من لا يعرف كبشر بن حازم وغيره. وكذا قال ابن حجر في الدراية ٢/٢٦٦: فيه من لا يعرف.

(٢) ضعيف. تقدم قبل حديثين.

(٣) هو المتقدم.

(٤) تقدم قبل أربعة أحاديث وهو ضعيف.

(٥) هو المتقدم.

(٦) تقدم مراراً

مات فعليه القصاص) لوجود السبب وعدم ما يبطل حكمه في الظاهر فأضيف إليه قال: **(وإذا التقى الصفان من المسلمين والمشركين فقتل مسلم مسلماً ظن أنه مشرك فلا قود عليه وعلية الكفارة)** لأن هذا أحد نوعي الخطإ على ما بيناه، والخطأ بنوعيه لا يوجب القود ويوجب الكفارة، وكذا الدية على ما نطق به نص الكتاب ولما اختلفت سيوف المسلمين على اليمان أبي حذيفة قضى رسول الله عليه الصلاة والسلام بالدية»[١] قالوا: إنما تجب الدية إذا كانوا مختلطين، فإن كان في صفّ المشركين لا تجب لسقوط عصمته بتكثير سوادهم قال عليه الصلاة والسلام «من كثر سواد قوم فهو منهم»[٢] قال: **(ومن شجّ نفسه وشجه رجل وعقره أسد وأصابته حية فمات من ذلك كله فعلى**

بالسيف، لأن الساقط لا يصلح لأن يتمسك به مع أن أئمتنا تمسكوا به في ذلك المطلب واعتمدوا عليه كما مر. ثم أقول: الأولى عندي في توجيه المقام أن يقال: الحديث حجّة لأبي يوسف ومحمد والشافعي كلهم، إلا أن الشافعي يبقيه على ظاهره فيحمل التغريق على حقيقته وأما الإمامان فيحملانه على الكناية عن الإهلاك لكون الإهلاك لازم التغريق فيصير معنى قوله عليه الصلاة والسلام «غرّقناه» أهلكناه، ويكون التعبير بغرّقناه لمشاكلة قوله «من غرّق» وإنما يحملانه على ذلك توفيقاً بين هذا الحديث وبين قوله عليه الصلاة والسلام «لا قود إلا بالسيف»[٣] إذ قد تقرر في علم الأصول أنه إذا تعارض ظاهر النصين يطلب المخلص مهما أمكن في التوفيق والجمع بينهما، وها هنا المخلص عندهما يتيسر بحمل التغريق على الإهلاك والقتل على سبيل الكناية تدبر قوله: **(وله قوله عليه الصلاة والسلام «ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا» وفيه «وفي كل خطإ أرش»[٤])** أقول: في دلالة هذا الحديث على مدعى أبي حنيفة رحمه الله تعالى في مسألة التغريق خفاء كما ترى، ولم يتعرض أحد من الشراح لبيان وجه

غير علة في نفسه. وقوله: **(ولا يصلى عليه)** لأن جنايته على نفسه معتبرة فصار كالباغي. وقوله: **(فلم يكن هدراً مطلقاً)**

قال المصنف: **(وله قوله عليه الصلاة والسلام «ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا»)** أقول: والخلاف فيه ثابت والمنشأ واحد فلذلك استدل به على مطلوبه تأمل قوله: **(لكن استدلال الشافعي بالحديث واستدلالهما بالمعقول)** أقول: ويجوز لهما الاستدلال بالحديث في نفي وجوب الدية. وأما القصاص بالتغريق فلم يعملا به لوجود نص أقوى منه «لا قود إلا بالسيف» ولا يلزم منه أن يكون متروكاً بالكلية، ويجوز للشافعي الاستدلال بالمعقول أيضاً، ففي التوزيع بحث كما لا يخفى قال المصنف: **(ومنه المقصة للحلمين)** أقول: قال الكاكي سميت المقصة مقصة لأن كل واحد من الحديدين يماثل الآخر اهـ. وفي شرح الشاهان لأنه سوى بهما بين الثوب وبين المقطوع له الثوب اهـ ولعل هذا الوجه أولى لاسم المقصة تأمل.

---

(١) خبر قتل اليمان والد حذيفة يوم أحد من قبل المسلمين خطأ ذكره ابن هشام في السيرة ٣/ ٦١ ـ ٦٢ نقلاً عن ابن إسحق قال ابن إسحق: فتصدق حذيفة بديته على من أصابه.

وجاء في الإصابة ١/ ٣٣١/ ١٧٢٠ ما ملخصه: اسم أبي حذيفة حُسَيْل بالتصغير ويعرف باليمان. وروى السراج في تاريخه عن عكرمة: أن والد حذيفة قتله رجل من المسلمين لم يعرفه فوداه رسول الله ﷺ. ورجاله ثقات مع إرساله وله شاهد أخرجه الفزاري في السير عن الأوزاعي عن الزهري. وأصله في البخاري اهـ. لكن ليس فيه ذكر الدية.

(٢) ضعيف. أخرجه الديلمي في الفردوس ٥٦٢١ وأبو يعلى كما في المطالب العالية ١٦٠٥ وكذا علي بن معبد في كتاب الطاعة والمعصية كما في نصب الراية ٤/ ٣٤٦ كلهم من طريق عمرو بن الحارث عن ابن مسعود مرفوعاً وله قصة

وقال محقق المطالب العالية: عمرو بن الحارث المصري لم يدرك ابن مسعود. قال: ثم وجدت في الإتحاف: رواه أبو يعلى بسند منقطع.

(٣) تقدم مراراً.

(٤) هذا منتزع من حديثين أما صدره فتقدم في الجنايات. وأما عجزه. فقد أخرجه الدارقطني ٣/ ١٠٦ والبيهقي ٨/ ٤٢ كلاهما من حديث النعمان بن بشير: كل شيء خطأ إلا السيف وفي كل شيء خطأ أرش»

قال البيهقي: مداره على جابر الجعفي، وقيس بن الربيع ولا يحتج بهما.

ووافقه ابن حجر في الدراية ٢/ ٢٦٦ حيث قال: إسناده ضعيف.

الأجنبي ثلث الدية) لأن فعل الأسد والحية جنس واحد لكونه هدراً في الدنيا والآخرة، وفعله بنفسه هدراً في الدنيا معتبر في الآخرة حتى يأثم عليه. وفي النوادر أن عند أبي حنيفة ومحمد يغسل ويصلى عليه. وعند أبي يوسف يغسل ولا يصلى عليه. وفي شرح السير الكبير ذكر في الصلاة عليه اختلاف المشايخ على ما كتبناه في كتاب التجنيس والمزيد فلم يكن هدراً مطلقاً وكان جنساً آخر، وفعل الأجنبي معتبر في الدنيا والآخرة فصارت ثلاثة أجناس فكأن النفس تلفت بثلاثة أفعال فيكون التالف بفعل كل واحد ثلثه فيجب عليه ثلث الدية، والله أعلم.

دلالته على ذلك، والإنصاف أنه لا يدل عليه دلالة إقناعية وإن أمكن التوجيه ببعض من التمحلات، ولعل هذا هو السرّ في أن صاحب الكافي ترك التمسك بهذا الحديث ها هنا بالكلية واكتفى بالدليل العقلي مع كون عادته أن يقتفي أثر صاحب الهداية في وضع المسائل وبسط الدلائل.

متعلق بقوله هدر في الدنيا معتبر في الآخرة والباقي واضح.

قوله: **(وما رواه غير مرفوع لأنه يلزم، إلى قوله: أو هو محمول على السياسة وقد أومت)** أقول: فيه بحث، وجوابه أن تتمة الحديث «ومن حرق حرقناه، ومن قتل عبداً قتلناه» كذا في فوائد حميد الدين الضرير، ثم قوله غير مرفوع منع. وقوله لأنه يلزم الخ سند للمنع. وقوله أو هو محمول على السياسة منع آخر مع السنة. وقله وقد أومت تتميم للسند قال المصنف: **(واختلاف الروايتين في الكفارة)** أقول: قوله واختلاف مبتدأ، وقوله في الكفارة خبره قال المصنف: **(ولا يصلى عليه)** أقول: قال الكاكي: وهذا أثر كون فعله معتبراً في حق نفسه لأنه صار باغياً على نفسه اهـ. فالباغي لا يصلى عليه.

فصل

قال: (ومن شهر على المسلمين سيفاً فعليهم أن يقتلوه) لقوله عليه الصلاة والسلام «من شهر على المسلمين سيفاً فقد أطل دمه»[1] ولأنه باغ فتسقط عصمته ببغيه، ولأنه تعين طريقاً لدفع القتل عن نفسه فله قتله. وقوله فعليهم وقول محمد في الجامع الصغير فحق على المسلمين أن يقتلوه إشارة إلى الوجوب، والمعنى وجوب دفع الضرر، وفي سرقة الجامع الصغير: ومن شهر على رجل سلاحاً ليلاً أو نهاراً أو شهر عليه عصا ليلاً في مصر أو نهاراً في طريق في غير مصر فقتله المشهور عليه عمداً فلا شيء عليه لما بينا، وهذا لأن السلاح لا يلبث فيحتاج إلى دفعه بالقتل والعصا الصغيرة، وإن كانت تلبث ولكن في الليل لا يلحقه الغوث فيضطر إلى دفعه بالقتل، وكذا في النهار في غير المصر في الطريق لا يلحقه الغوث فإذا قتله كان دمه هدراً، قالوا: فإن كان عصا لا تلبث يحتمل أن تكون مثل السلاح عندهما. قال: (وإن شهر المجنون على غيره سلاحاً فقتله المشهور عليه عمداً فعليه الدية في ماله) وقال الشافعي: لا شيء عليه، وعلى هذا الخلاف الصبيّ والدابة، وعن أبي يوسف أنه يجب الضمان في الدابة ولا يجب

فصل

لما فرغ من بيان المسائل التي توجب القصاص ألحق بها فصلاً يشتمل على المسائل التي لها عرضية إيجاب القصاص وهي كلها من جنس واحد، وكلامه واضح. وقوله: (أطل دمه) أي أهدر. وقوله: (والمعنى) أي ومعنى الوجوب (دفع الضرر) لأن الواجب هو دفع الشرّ على أيّ وجه كان لا عين القتل. وقوله: (لما بينا) إشارة إلى ما ذكره من الحديث والمعقول. وقوله: (وعلى هذا الخلاف الصبيّ والدابة) يعني إذا صالا على إنسان فقتله المصول عليه عمداً يضمن الدية والقيمة. وقوله: (فأشبه المكره) يعني أن المكره لما صار مسلوب الاختيار من جهة المكره أضيف التلف إلى المكره فكذلك المصول عليه وقيل معناه فأشبه المكره يعود على المكره فيقتله. وقوله: (قاتل دون مالك) أي لأجل مالك. وقوله: (فكذا استرداداً في الانتهاء) لأنه أسهل من الابتداء، والله أعلم.

فصل ومن شهر

قوله: (ألحق بها فصلاً يشتمل على المسائل التي لها عرضية إيجاب القصاص) أقول: وهو قتل المشهور عليه يوجب القصاص إن لم يثبت ما ادعاه من سل السيف عليه بالبينة قال المصنف: (لقوله عليه الصلاة والسلام من «شهر» الحديث) أقول: الحديث يدل على إباحة قتله دون وجوبه، وكان المدعي ذلك ظاهراً قوله: (ومعنى الوجوب دفع الضرر) أقول: أي وجوب دفع الضرر فالمضاف مقدر. قال المصنف: (ومن شهر على رجل سلاحاً ليلاً أو نهاراً أو شهر عليه عصا ليلاً في المصر أو نهاراً في طريق غير المصر فقتله المشهور عليه عمداً فلا شيء عليه) أقول: قال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير: فإن شهر عليه عصا نهاراً في مصر فقتله المشهور عليه عمداً قتل به اهـ. وفي شرح الجامع الصغير لقاضيخان: رجل شهر سلاحاً على رجل في المصر ليلاً أو نهاراً أو في غير المصر فقتله المشهور عليه عمداً لا شيء عليه لأنه قتله لدفع الشر عن نفسه، ودفع الشر مباح أو واجب. وإن شهر عليه عصا في المصر نهاراً فقتله المشهور عليه بالحديد عمداً قتل لأنه قادر على دفع الشر عن نفسه بدون القتل لأن العصا تلبث، وفي المصر يلحقه الغوث بالنهار، بخلاف السلاح لأنه لا يلبث، وبخلاف المفازة، أو كان في المصر ليلاً لأنه لا يلحقه الغوث، وإن كان الخشب أو الحجر عظيماً لا يلبث فهو بمنزلة السلاح في هذا الحكم قوله: (فقتله المصول عليه عمداً يضمن الدية والقيمة) أقول: الأولى قطع الكلام عند قوله عمداً، أو يتممه بقوله وعند الشافعي لا شيء عليه كما لا يخفى قوله: (يعني أن المكره لما صار مسلوب الاختيار الخ) أقول: هذا الكلام على هذا التقرير كلام إلزامي من الشافعي وإلا فعنده يجب القصاص على المكره والمكره كما مر.

---

(١) حسن. قال الزيلعي في نصب الراية ٣٤٧/٤: غريب بهذا اللفظ. وأخرجه النسائي عن ابن الزبير قال: قال رسول الله ﷺ: من شهر سيفهُ ثم وضعه فهو هدر. اهـ. ومعنىٰ أَطَلّ: أي أَهْدَرَ.
قلت: هو في سنن النسائي ١١٧/٧ وفي الكبرىٰ ٣٥٦٠ والحاكم ١٥٩/٢ والديلمي ٥٦٣٢ كلهم من حديث عبد الله بن الزبير مرفوعاً.
وقال الحاكم: صحيح علىٰ شرطهما، ووافقه الذهبي. ثم أخرجه النسائي في سننه ١١٧/٧ وفي الكبرىٰ ٣٥٦١ من طريق عبد الرزاق به وقال النسائي: لم يرفعه. ثم أخرجه من وجه آخر عن ابن الزبير موقوفاً. قال الزيلعي في نصب الراية ٣٤٨/٤: وقد روي موقوفاً والذي رفعه ثقة اهـ وله شاهد من حديث عائشة. أخرجه أحمد والحاكم: من أشار بحديدة إلىٰ أحد من المسلمين. يريد قتله، فقد وجب دمه اهـ الزيلعي.
قلت: أخرجه أحمد ٢٦٦/٦ والحاكم ١٥٨/٢ . ١٥٩ كلاهما من حديث عائشة وقال الحاكم: صحيح علىٰ شرطهما وأقره الذهبي فهذا شاهد لحديث الباب يرقىٰ به إلىٰ درجة الحسن وفي الباب أحاديث «من حمل علينا السلاح فليس منا» إلخ وهو في مسلم وغيره.

في الصبيّ والمجنون، للشافعي أنه قتله دافعاً عن نفسه فيعتبر بالبالغ الشاهر، ولأنه يصير محمولا على قتله بفعله فأشبه المكره. ولأبي يوسف أن فعل الدابة غير معتبر أصلا حتى لو تحقق لا يوجب الضمان. أما فعلهما معتبر في الجملة حتى لو حققناه يجب عليهما الضمان، وكذا عصمتها لحقهما وعصمة الدابة لحق مالكها فكان فعلهما مسقطاً للعصمة دون فعل الدابة، ولنا أنه قتل شخصا معصوما أو أتلف مالاً معصوماً حقا للمالك وفعل الدابة لا يصلح مسقطاً وكذا فعلهما، وإن كانت عصمتها حقهما لعدم اختيار صحيح ولهذا لا يجب القصاص بتحقق الفعل منهما، بخلاف العاقل البالغ لأن له اختيارا صحيحاً، وإنما لا يجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشرّ فتجب الدية، قال: **(ومن شهر على غيره سلاحاً في المصر فضربه ثم قتله الآخر فعلى القاتل القصاص)** معناه: إذا ضربه فانصرف لأنه خرج من أن يكون محاربا بالانصراف فعادت عصمته قال: **(ومن دخل عليه غيره ليلا وأخرج السرقة فاتبعه وقتله فلا شيء عليه)** لقوله عليه الصلاة والسلام «قاتل دون مالك»[1] ولأنه يباح له القتل دفعاً في الابتداء فكذا الاسترداد في الانتهاء، وتأويل المسألة إذا كان لا يتمكن من الاسترداد إلا بالقتل، والله أعلم.

قال المصنف: **(وإنما لا يجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر)** أقول: دفع الشر واجب كما مر فينبغي أن يراد بالمبيح ما يعم الموجب قال المصنف: **(فتجب الدية)** أقول: لأن أثر الاضطرار في دفع الإثم والقصاص دون الضمان كالمضطر إذا أكل مال الغير قوله: **(لأنه أسهل من الابتداء)** أقول: فيه شيء، إذ ليس هذا المقام محل ذلك الكلام.

---

(١) صحيح. أخرجه مسلم ٢٢٥ ح ١٤٠ من حديث أبي هريرة. بلفظ: «جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال له: يا رسول الله أرأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالي؟ قال: فلا تعطه مالك. قال: أرأيت إن قاتلني؟ قال: قاتله. قال: أرأيت أن قتلني؟ قال: فأنت شهيد. قال: أرأيت إن قتلته؟ قال: هو في النار»

وله شاهد من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص بلفظ:

«من قتل دون ماله فهو شهيد»

أخرجه البخاري ٢٤٨٠ ومسلم ٢٢٦ ح ١٤١.

باب القصاص فيما دون النفس

قال: (**ومن قطع يد غيره عمداً من المفصل قطعت يده وإن كانت يده أكبر من اليد المقطوعة**) لقوله تعالى: ﴿**والجروح قصاص**﴾ وهو ينبىء عن المماثلة، فكل ما أمكن رعايتها فيه يجب فيه القصاص وما لا فلا، وقد أمكن في القطع من المفصل فاعتبر، ولا معتبر بكبر اليد وصغرها لأن منفعة اليد لا تختلف بذلك، وكذلك الرجل

باب القصاص فيما دون النفس

لما فرغ من بيان القصاص في النفس شرع في بيان القصاص فيما دون النفس، إذ الجزء يتبع الكل قوله: (**لقوله تعالى ﴿والجروح قصاص﴾**) أي ذات قصاص، كذا في التفاسير والشروح. قال الزيلعي في شرح الكنز: أي ذو قصاص. أقول: لا وجه لتذكير ذو هنا إلا بتمحل ركيك لا ينبغي أن يرتكب بلا ضرورة سيما في تفسير القرآن العظيم قوله: (**ولو قلع من أصله يقلع الثاني فيتماثلان**) قال صاحب الكافي وعامة شراح الكتاب في هذا المقام: ولو قلع السن من أصله لا يقلع سنه قصاصاً لتعذر اعتبار المماثلة فربما تفسد به لثاته، ولكن يبرد بالمبرد إلى موضع أصل السن، وعزاه الشراح إلى المبسوط. أقول: أسلوب تحريرهم هاهنا محل تعجب، فإن أحداً منهم لم يتعرض لما ذكر في الكتاب لا بالرد ولا بالقبول، بل ذكروا المسألة على خلاف ما ذكر في الكتاب، وكان من دأب الشراح التعرض لما في الكتاب إما بالقبول وإما بالرد، فكأنهم لم يروه أصلاً. نعم القول الذي نقلته هنا عن المصنف غير مذكور في بعض النسخ لكنه واقع في كثير من النسخ ليس بمثابة أن لا يطلع عليه أحد من الشراح. كيف وقد أخذه صاحب الوقاية فذكره في متنه حيث قال: ولا قود في عظم إلا السن فتقلع إن قلعت وتبرد إن كسرت، وكأن مأخذ متن الوقاية هو الهداية كما صرح به صاحبه، وكذا ذكر في كثير من المتون. ثم إن التحقيق ها هنا هو أنه إذا قلع سن غيره هل يقلع سنه قصاصاً أم يبرد بالمبرد إلى أن ينتهي إلى اللحم؟ فيه روايتان كما أفصح عنه في المحيط البرهاني حيث قال: إن كانت الجناية بكسر بعض السن يؤخذ من سن الكاسر بالمبرد مقدار ما كسر من سن الآخر

باب القصاص فيما دون النفس

لما فرغ من بيان القصاص في النفس أتبعه بما هو بمنزلة التبع وهو القصاص في الأطراف وكلامه واضح قوله: (**ولا معتبر بكبر اليد وصغرها**) لأن منفعة اليد وهو البطش لا يختلف بذلك، ولا ترد الشجة الموضحة إذا أخذت ما بين قرني المشجوج ولم تأخذه من الشاج لكبر رأسه، فإن الكبر قد اعتبر وخيّر المشجوج بين القصاص بمقدار شجته وبين أخذه أرش الموضحة. لأن المعتبر في ذلك الشين، وفي الاقتصاص بمقدارها يقل شين الشاج ويأخذ ما بين قرنيه بالجشة زيادة على حقه فانتفى المماثلة الواجبة في القصاص صورة ومعنى، فإن شاء استوفاه معنى وهو مقدار شجته ويترك الصورة وإن شاء أخذ أرشها. وقوله: (**على ما قال في الكتاب**) يعني القدوري، وهو مأثور عن الصحابة رضي الله عنهم. روي أن هذا حدث في زمن عثمان رضي الله عنه فسأل عنه الصحابة رضي الله عنهم فلم يكن عندهم فيه شيء حتى جاء عليّ رضي الله عنه فقضى بذلك وعمل عليه عثمان رضي الله عنه وكان بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم. قوله: (**لما تلونا**) إشارة إلى قوله تعالى: ﴿والجروح قصاص﴾ وفي بعض النسخ لما ذكرنا وهو إشارة إلى قوله وهو ينبىء عن المماثلة، وقوله: (**ولا قصاص في عظم إلا في السن، وهذا اللفظ مرويّ عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما**) فإن كان السن عظماً فالاستثناء متصل ولا بد من فرق بينها وبين غيرها من العظام وهو إمكان القصاص فيها بأن يبرد بالمبرد بقدر ما كسر منها أو إلى أصلها إن قلعها ولا يقلع لتعذر

باب القصاص فيما دون النفس

قوله: (**بما هو بمنزلة التبع**) أقول: إنما قال بمنزلة التبع لأن القصاص في الأطراف ليس بتابع للقصاص في النفس عندنا حقيقة على ما يجيء في هذا الدرس قال المصنف: (**لقوله تعالى ﴿والجروح قصاص﴾**) أقول: قال الزيلعي: أي ذو قصاص. وقال البرهان النسفي في تفسيره: القصاص هنا مصدر يراد به المعقول: أي والجروح متقاصة بعضها ببعض قوله: (**ولم يأخذه من الشاج لكبر رأسه**) أقول:

ومارن الأنف والأذن لإمكان رعاية المماثلة، قال: **(ومن ضرب عين رجل فقلعها لا قصاص عليه)** لامتناع المماثلة في القلع، وإن كانت قائمة فذهب ضوؤها فعليه القصاص لإمكان المماثلة على ما قال في الكتاب: تحمى له المرآة ويجعل على وجهه قطن رطب وتقابل عينه بالمرآة فيذهب ضوؤها، وهو مأثور[١] عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم. قال: **(وفي السن القصاص)** لقوله تعالى: **﴿والسن بالسن﴾** **(وإن كان سن من يقتص منه أكبر من سن الآخر)** لأن منفعة السن لا تتفاوت بالصغر والكبر، قال: **(وفي كل شجة تتحقق فيها المماثلة القصاص)** لما تلونا، قال: **(ولا قصاص في عظم إلاّ في السن)** وهذا اللفظ مرويّ عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما[٢]. وقال عليه الصلاة والسلام «لا قصاص في العظم»[٣] والمراد غير السن، ولأن اعتبار المماثلة في غير السن متعذر لاحتمال الزيادة والنقصان، بخلاف السن لأنه يبرد بالمبرد، ولو قلع من أصله يقلع الثاني فيتماثلان. قال: **(وليس فيما دون النفس**

وهذا بالاتفاق، وإن كانت الجناية بقلع سن ذكر القدوري أنه لا يقلع سن القالع ولكن يبرد سن القالع بالمبرد إلى أن ينتهي إلى اللحم ويسقط الباقي، وإليه مال شمس الأئمة السرخسي، وذكر شيخ الإسلام في شرحه أن يقلع سن القالع، وإليه أشار محمد رحمه الله في الجامع الصغير حيث ذكر بلفظ النزع، والنزع والقلع واحد، وفي الزيادات نص على القلع، إلى هنا لفظ المحيط قوله: **(وليس فيما دون النفس شبه عمد إنما هو عمد أو خطأ)** قال صاحب العناية: قد ذكره مرة لكنه ذكر هناك أنه عمد وها هنا أنه عمد أو خطأ فيحمل الأول على أن المراد به إن أمكن القصاص انتهى. أقول: يرد عليه أن مراد المصنف لو كان ذلك لما تم ما ذكره صاحب العناية في شرح كلام المصنف هناك بأن قال: يعني ليس فيما دون النفس شبه عمد إنما هو عمد أو خطأ، فإن مقتضى ذلك الشرح أن لا يكون بين كلامي المصنف في المقامين فرق كما لا يخفى. ثم أقول: التحقيق أن ما ذكره المصنف ها هنا عبارة

المماثلة فربما تفسد به لثاته، كذا في المبسوط وإن كان غير عظم كما أشار إليه قوله ﷺ «لا قصاص في عظم» حيث لم يستثن السن فالاستثناء منقطع. وقد اختلف الأطباء في ذلك، فمنهم من قال: هو طرف عصب يابس لأنه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة، ومنهم من قال هو عظم وكأنه وقع عند المصنف أنه عظم حتى قال والمراد منه غير السن. وقوله: **(وليس فيما دون النفس شبه عمد)** قد ذكره مرة، لكنه قد ذكره هناك أنه عمد وها هنا أنه عمد أو خطأ فيحمل الأول على أن المراد به إن أمكن القصاص، وذلك لأن شبه العمد إذا حصل فيما دون النفس وأمكن القصاص جعل عمداً روي «أن الربيع عمة أنس بن

الضمير في قوله يأخذه راجع إلى «ما» في قوله ما بين قرني المشجوج وضمير رأسه راجع إلى الشاج قوله: **(لأن المعتبر في ذلك الشين الخ)** أقول: هذا تعليل لقوله ولا ترد الشجة الخ تقريره لأن المعتبر في ذلك الشين، إذ ليس فيه تفويت المنفعة، إلى آخر ما قال، ويجيء من المصنف في هذا الدرس أن الشجة موجبة لكونها مشينة، وبخلاف اليد فإن الشين لا يتفاوت في اليد إذا قطعت قال المصنف: **(تحمى له المرآة)** أقول: استئناف بياني الإحماء «كرم كردن» قوله: **(وهو إشارة إلى قوله وهو ينبىء عن المماثلة)** أقول: بل إشارة إلى المجموع كما لا يخفى قال المصنف: **(ولا قصاص في عظم إلا في السن)** أقول: اختلف الأطباء في السن، هل هو عظم أو طرف عصب يابس، فمنهم من ينكر أنه عظم لأنه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة ويلين بالخل، ومنهم من قال: هو عظم، وكأنه وقع عند المصنف أنه عظم حتى قال: والمراد منه غير السن قوله: **(فيحمل الأول على أن المراد به الخ)** أقول: فيه بحث، بل الأول محمول على ما إذا تعمد، وإنما سقط القصاص في بعض المواضع لتعذر المماثلة وذلك لا يخرج عن العمدية كما إذا قتل الأب ابنه عمداً. والثاني ما

---

(١) هذا الأثر. قال عنه ابن حجر في الدراية ٢/٢٦٨: لم أجده إلا عن علي أخرجه عبد الرزاق بإسناد فيه مبهم، وهو منقطع أيضاً.

(٢) غريب عنهما. قال الزيلعي في نصب الراية ٤/٣٥٠: غريب. ورواه ابن أبي شيبة بسنده عن الشعبي، والحسن قالا: ليس في العظام قصاص ما خلا السنّ، والرأس.

(٣) لا أصل له مرفوعاً. قال الزيلعي في نصب الراية ٤/٣٥٠: غريب.
وقال ابن حجر في الدراية ٢/٢٦٩: لم أجده. وأخرج ابن أبي شيبة بإسناد ضعيف منقطع عن عمر قال: إنا لا نقيد في العظام. وبإسناد ضعيف عن ابن عباس.
قال: ليس في العظام قصاص اهـ.
قلت: مدار هذين الأثرين على حجاج بن أرطاة وهو واهٍ وفيه أيضاً عن عمر علة ثانية وهي أن عطاء لم يدرك عمر.

شبه عمد إنما هو عمد أو خطأ) لأن شبه العمد يعود إلى الآلة، والقتل هو الذي يختلف باختلافهما دون ما دون النفس لأنه لا يختلف إتلافه باختلاف الآلة فلم يبق إلا العمد والخطأ **(ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس، ولا بين الحرّ والعبد، ولا بين العبدين)** خلافاً للشافعي في جميع ذلك إلا في الحرّ يقطع طرف العبد، ويعتبر الأطراف بالأنفس لكونها تابعة لها. ولنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال فينعدم التماثل بالتفاوت في

القدوري وما ذكره فيما سبق عبارة نفسه، وإن لكل واحدة من العبارتين معنى مغاير لمعنى الأخرى، فإن ما سبق هكذا: وما يكون شبه عمد في النفس فهو عمد فيما سواها، ومعناه أن ما يكون شبه عمد في النفس وهو تعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما أجري مجرى السلاح عند أبي حنيفة، وبما لا يقتل به غالباً عند أبي يوسف ومحمد والشافعي فهو عمد فيما سوى النفس سواء أمكن القصاص به أو لم يمكن لمانع يمنع عنه، فإن سقوط القصاص لمانع يقع في القتل العمد في النفس؛ كما إذا قتل الأب ابنه عمداً وكما إذا ورث الابن قصاصاً على أبيه، فلأن يقع في العمد في الأطراف أولى، ومعنى قوله ها هنا إنما هو عمد أو خطأ أن الذي كان فيما دون النفس النفس عمد أو خطأ لا أن شبه العمد أو خطأ، فإن ضمير هو في قوله إنما هو عمد أو خطأ راجع إلى ما كان فيما دون النفس لا إلى شبه عمد، إذ لا مجال لأن يكون شبه العمد خطأ لا في النفس ولا في الأطراف، لأن تعمد الضرب معتبر في مفهوم شبه العمد ولا يتصوّر ذلك في الخطأ، فإذا كان معنيا الكلامين في المقامين مختلفين بالوجه الذي ذكرناه فلا احتاج إلى توجيه ما سبق بأن المراد به إن أمكن القصاص، بل لا وجه له كما تحققته مما قدمناه تبصر قوله: **(ولنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة)** قال صاحب الكفاية: فإن قيل: قوله تعالى ﴿والعين بالعين﴾ ﴿والأذن بالأذن﴾ المائدة (٤٥) مطلق يتناول موضع النزاع فيكون حجة عليكم. قلنا: قد خص منه الحربي والمستأمن. والنص العام إذا خص منه شيء يجوز تخصيصه بخبر الواحد فخصصناه بما روي عن عمران بن

مالك رضي الله عنه كسرت ثنية جارية من الأنصار بلطمة فأمر النبيّ ﷺ بالقصاص» واللطمة إذا أتت على النفس لا توجب القود، وإن لم يمكن القصاص جعل خطأ ووجب الأرش. وقوله: **(ولا قصاص بين الرجل والمرأة)** ظاهر. وقوله: **(إلا في الحرّ يقطع طرف العبد)** يعني لا يجب القصاص فيه عنده أيضاً، والشافعي رحمه الله أخذ بقول ابن أبي ليلى وسلكا في الباب طريقاً سهلاً وهو اعتبار الأطراف بالنفوس لأنها تابعة للنفوس فكما يجري القصاص بين الرجال والنساء في النفوس فكذلك في الأطراف لكونها تابعة لها **(ولنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة وهو)** أي التفاوت **(معلوم قطعاً بتقويم الشرع)** فإن الشرع قوم اليد الواحد للحر بخمسمائة دينار قطعاً ويقيناً، ولا نبلغ قيمة يد العبد إلى ذلك، فإن بلغت كان بالحزر والظن فلا تكون سماوية ليد الحر يقيناً، فإذا كان التفاوت معلوماً قطعاً أمكن اعتباره **(بخلاف التفاوت في البطش لأنه لا ضابط له فاعتبر أصله)** فإن قيل: إن استقام في الحرّ والعبد لم يستقم بين العبدين لإمكان التساوي في قيمتها بتقويم المقوّمين. وأجيب بأن التساوي إنما يكون بالحزر والظن، والمماثلة المشروطة شرعاً لا تثبت بذلك كالمماثلة في الأموال الربوية عند المقابلة بجنسها. فإن قيل: سلمنا وجود التفاوت في البدل وأنه لا يمنع الاستيفاء لكن المعقول منه منع

يعمل التعمد وغيره فتدبر، إذا الضمير في قوله إنما هو عمد أو خطأ عائد إلى ما فيما دون النفس من الجناية، لا إلى شبه عمد كما لا يخفى، فلا يخالف الثاني الأول، إذ ليس الموضوع فيهما واحداً. ويمكن أن يقرر هذا البحث بوجه آخر بأن يقال: ليس الموضوع في الموضعين واحداً، فإنه في الأول شبه العمد، وهنا ما يوجد فيما دون النفس من الجناية مطلقاً، فلا مخالفة حتى يحتاج إلى التلفيق وعدم جريان القصاص في بعض صور التعمد لا يخرج الجناية عن العمدية فإنه لمانع كما إذا قتل الأب ابنه عمداً فليتأمل قوله: **(وإن لم يكن القصاص جعل خطأ)** أقول: بل عمد، وسقوط القصاص لمانع قال المصنف: **(ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس الخ)** أقول: قال صاحب الكفاية: فإن قيل: قوله تعالى: ﴿والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن﴾ مطلق يتناول موضع النزاع فيكون حجة عليكم. قلنا: قد خص الحربي منه والمستأمن والنص العام إذا خص منه شيء يجوز تخصيص الباقي بخبر الواحد فخصصناه بما روينا انتهى. وفيه أنه يجوز أن يكون خروجهما من هذا الحكم بالنسخ فتأمل. ثم قوله فخصصناه بما روينا أراد به ما روي عن عمران بن

القيمة، وهو معلوم قطعاً بتقويم الشرع فأمكن اعتباره، بخلاف التفاوت في البطش لأنه لا ضابط له فاعتبر أصله، وبخلاف الأنفس لأن المتلف إزهاق الروح ولا تفاوت فيه **(ويجب القصاص في الأطراف بين المسلم والكافر)** للتساوي بينهما في الأرش. قال: **(ومن قطع يد رجل من نصف الساعد أو جرحه جائفة فبرأ منها فلا قصاص عليه)**

حصين أنه قال: «قطع عبد لقوم فقراء أذن عبد لقوم أغنياء، فاختصموا إلى رسول الله ﷺ فلم يقض بالقصاص» انتهى. أقول: فيه نظر. أما أوّلاً فلأنه قد تقرر في علم الأصول أن النص العام إذا خص منه شيء بكلام مستقل موصول به يكون ذلك العام المخصوص منه البعض ظنياً في الباقي يجوز تخصيصه بخبر الواحد، وأما إذا أخرج من النص العام شيء بما هو مفصول عنه غير موصول به فلا يكون ذلك ظنياً في الباقي بل يكون باقياً على حالته الأولى، ولا شك أن مخرج الحربي والمستأمن من الآية المذكورة ليس بكلام موصول بها فتكون باقية على قطعيتها الأصلية فلا يجوز تخصيصها بخبر الواحد، وقدمنا غير مرة نظير هذا النظر في محاله. وأما ثانياً فلأن حديث عمران ابن حصين إنما يفيد عدم جريان القصاص في الأطراف بين العبدين، ولا يفيد عدم جريانه فيها بين الرجل والمرأة ولا بين الحرّ والعبد. فبقي الاعتراض بإطلاق الآية المذكورة في هاتين الصورتين فلم يتم الجواب. والصواب عندي في الجواب أن يقال إن الآية المذكورة آية القصاص والقصاص ينبىء عن المماثلة، فالمراد بما في الآية المذكورة ما يمكن فيه المماثلة لا غير كما صرح به صاحب الكشاف في تفسير هاتيك الآية من التنزيل حيث قال: ومعناه ما يمكن فيه القصاص وتعرف المساواة، وأشار إليه المصنف في صدر هذا الباب حيث قال: وهو ينبىء عن المماثلة، فكل ما أمكن رعايتها فيه يجب فيه القصاص وما لا فلا، وأشار إليه ها هنا أيضا حيث قال: فينعدم التماثل بالتفاوت بالقيمة فلم تكن الآية المذكورة مجراة على ظاهر إطلاقها حتى يكون إطلاقها حجة عليها فيما نحن فيه، وكيف يتصوّر إجراؤها على ظاهر إطلاقها، ولا قصاص في العين إذا قلعها بالإجماع لعدم إمكان المماثلة في القلع، وكذا الحال في قطع اليد أو الرجل من غير المفصل، وكذا فيما إذا قطع الحرّ طرف العبد، فظهر أن المدار في وجوب القصاص إمكان المماثلة وأن معنى النظم الشريف مصروف إلى ذلك فاندفع الاعتراض الناشىء من توهم الإطلاق. ثم إنه بقي في هذا المقام إشكال قويّ ذكر في عامة الشروح وهو أن يقال: سلمنا وجود التفاوت في القيمة في الأطراف وأنه يمنع الاستيفاء، لكن المعقول منه أن يمنع استيفاء الأكمل بالأنقص دون العكس، ألا يرى أن الشلاء تقطع بالصحيحة وأنتم لا تقطعون يد المرأة بيد الرجل أيضاً، والشراح كانوا في طريق دفعه طرائف قدداً، فقال

استيفاء الأكمل بالأنقص دون العكس فإن الشلاء تقطع بالصحيحة وأنتم لا تقطعون يد المرأة بيد الرجل. فالجواب أنا قد ذكرنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال لأنها خلقت وقاية للأنفس كالمال، فالواجب أن يعتبر التفاوت المالي مانعاً مطلقاً، والشلل ليس منه فيعتبر مانعاً من جهة الأكمل لأنه من حيث أنه ليس تفاوتاً مالياً ينبغي أن لا يعتبر فيما يسلك به

الحصين أنه قال: «قطع عبد لقوم فقراء أذن عبد لقوم أغنياء، فاختصموا إلى رسول الله ﷺ، فلم يقض عليه الصلاة والسلام بالقصاص» كذا ذكر في الكفاية. ونحن نقول: لا يخفى أن هذا لا يكفي لتخصيص مواضع النزاع، فالمآل القياس قوله: **(فالجواب أنا قد ذكرنا أن الأطراف)** أقول: وأجاب في الكفاية بأن شرع القصاص في الأصل يعتمد المساواة، فإن كان النقصان ثابتاً باعتبار الأصل كنقصان طرف الأنثى والعبد عن طرف الحر والذكر منع شرع القصاص لانتفاء محله، وإن كان التساوي في الأصل ثابتاً، والتفاوت باعتبار أمر عارض كان القصاص مشروعاً فيمتنع استيفاء الكامل بالناقص دون عكسه إذ رضي به صاحب الحق انتهى. وكلامه وكلام الشيخ أكمل الدين محل كلام فتأمل. ثم اعلم أن في ألفاظ الكفاية نوع خفاء يحتاج إلى البيان فنقول: قوله باعتبار الأصل: أي القيمة. وقوله منع شرع القصاص الخ: يعني كالأموال الربوية إذا قوبلت بجنسها، . والمساواة في القدر غير معلومة. وقوله وإن كان التساوي في الأصل ثابتاً: أي باعتبار

لأنه لا يمكن اعتبار المماثلة فيه، إذ الأول كسر العظم ولا ضابط فيه، وكذا البرء نادر فيفضي الثاني إلى الهلاك ظاهراً، قال: **(وإذا كانت يد المقطوع صحيحة ويد القاطع شلاء أو ناقصة الأصابع فالمقطوع بالخيار إن شاء قطع اليد المعيبة ولا شيء له غيرها وإن شاء أخذ الأرش كاملا)** لأن استيفاء الحق كملاً متعذر فله أن يتجوّز بدون حقه وله أن يعدل إلى العوض كالمثلى إذا انصرم عن أيدي الناس بعد الإتلاف ثم إذا استوفاها ناقصاً فقد رضي به فيسقط حقه كما إذا رضي بالرديء مكان الجيد **(ولو سقطت المؤنة قبل اختيار المجنى عليه أو قطعت ظلماً فلا شيء له)**

صاحب العناية: فالجواب أنا قد ذكرنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال لأنها خلقت وقاية للأنفس كالمال، فالواجب أن يعتبر التفاوت المالي مانعاً مطلقاً والشلل ليس منه فيعتبر مانعاً من جهة الأكمل لأنه من حيث أنه ليس تفاوتاً مالياً ينبغي أن لا يعتبر فيما يسلك بها مسلك الأموال ومن حيث أنه يوجب تفاوتاً في المنفعة ينتفي به المماثلة ينبغي أن يعتبر، فقلنا يعتبر من جهة الأكمل لئلا يلزم أن يكون باذلاً للزيادة في الأطراف، ولا يعتبر من جهة الأنقص لأنه إسقاط والإسقاط جائز دون البذل بالأطراف انتهى. أقول: فيه بحث. أما أوّلاً فلأن ما ذكره من أن التفاوت المالي يجب أن يعتبر مانعاً مطلقاً، وأما ما ليس تفاوتاً مالياً بل موجباً للتفاوت في المنفعة كالشلل فيعتبر مانعاً من جهة الأكمل ولا يعتبر مانعاً من جهة الأنقص تحكم بحت، لأن العلة التي أقامها على أن الثاني لا يعتبر من جهة الأنقص وهي أنه إسقاط والإسقاط جائز في الأطراف دون البذل متمشية بعينها في الأول أيضا، إذ لا شك أنه كما يجوز للإنسان إسقاط حقه في المنفعة يجوز له إسقاط حقه المالي أيضاً بلا تفاوت بينهما، فينبغي أن لا يعتبر التفاوت المالي أيضا مانعاً من جهة الأنقص، وأما ثانياً فلأن كون الشلل مما لا يوجب التفاوت المالي ممنوع، كيف وقيمة اليد تتفاوت بالصحة والشلل قطعاً، فإن الشرع جعل أرش اليد الصحيحة نصف دية النفس وجعل أرش اليد الشلاء حكومة عدل كما صرحوا به في الديات وأشار إليه صاحب العناية ها هنا أيضا حيث قال في أثناء تعليل المسألة التي نحن فيها، ولأن أرش الأطراف مختلف فصارت كالصحيح والأشل. وقال صاحب النهاية في دفع الإشكال المذكور: قلنا نعم إذا كان التفاوت بسبب حسي كالشلل وفوات بعض الأصابع فهو كما قلت: يعني يمنع استيفاء الأكمل بالأنقص دون العكس، فأما إذا كان التفاوت بمعنى حكمي فإنه يمنع استيفاء كل واحد منهما بصاحبه كاليمين مع اليسار وهذا المعنى وهو أن التفاوت إذا كان لمعنى حسي فمن له الحق إذا رضي بالاستيفاء يجعل مبرئاً لبعض حقه مستوفياً لما بقي وذلك جائز، ولهذا لا يستوفي الأكمل بالأنقص وإن رضي به القاطع، لأن لا يكون بالرضا باذلاً للزيادة، ولا يحل استيفاء الطرف بالبذل. فأما إذا كان التفاوت بمعنى حكمي فلا وجه لتمكنه من الاستيفاء منها بطريق إسقاط البعض ولا بطريق البذل انتهى. واقتفى أثره صاحب معراج الدراية وصاحب العناية.

مسلك الأموال، ومن حيث أنه يوجب تفاوتاً في المنفعة تنتفي به المماثلة ينبغي أن يعتبر، فقلنا: يعتبر من جهة الأكمل لئلا يلزم أن يكون باذلاً للزيادة في الأطراف ولا يعتبر من جهة الأنقص لأنه إسقاط والإسقاط جائز دون البدل بالأطراف، والباقي ظاهر قال: **(ومن قطع يد رجل من نصف الساعد)** كلامه واضح. وقوله: **(لأن حقه متعين في القصاص)** لأنه لو زال الشلل

القيمة، وقوله والتفاوت باعتبار أمر عارض: أي كالشلل والصحة قوله: **(فالواجب أن يعتبر التفاوت المالي مانعاً مطلقاً والشلل ليس منه)** أقول: أي ليس من التفاوت المالي قوله: **(لئلا يلزم أن يكون باذلاً)** أقول يعني لقطع الشلاء ألزم القاطع بذل الزيادة في يده الصحيحة إذ أوجبنا القطع. قوله: **(للزيادة في الأطراف)** أقول: على تقدير رضا القاطع بالقصاص، وأما بدون رضاه فلا مجال للجبر، لأنه كالجبر بإلغاء الجيد في مقابلة الرديء قوله: **(لأنه إسقاط)** أقول: يعني من المقطوع يده الصحيحة قال المصنف: **(وإن شاء أخذ الأرش)** أقول: هذا هو ظاهر الرواية. وذكر الطحاوي عن علي الرازي الكبير أنه قال: لا يخير، فإن القصاص فيما دون النفس يعتمد المساوة في المحل ولا ينظر إلى الصغر والكبر كما في اليد الكبيرة والصغيرة، كذا في شرح الكاكي. وذكر الزيلعي الفرق في شرح الكنز في مسألة قطع اليد وقال: لم يعتبر هنا الكبر والصغر في العضو، واعتبر في الجشة في الرأس إذا كانت استوعبت رأس المشجوج وهي لا تستوعب رأس

عندنا لأن حقه متعين في القصاص، وإنما ينتقل إلى المال باختياره فيسقط بفواته، بخلاف ما إذا قطعت بحق عليه من قصاص أو سرقة حيث يجب عليه الأرش لأنه أوفى به حقاً مستحقاً سالمة له معنى، قال: **(ومن شجّ رجلاً فاستوعبت الشجة ما بين قرنية وهي لا تستوعب ما بين قرني الشاج فالمشجوج بالخيار، إن شاء اقتص بمقدار شجته يبتدىء من أيّ الجانبين شاء، وإن شاء أخذ الأرش)** لأن الشجة موجبة لكونها مشينة فقط فيزداد الشين بزيادتها، وفي استيفائه ما بين قرني الشاج زيادة على ما فعل، ولا يلحقه من الشين باستيفائه قدر حقه ما يلحق المشجوج فينتقض فيخير كما في الشلاء والصحيحة، وفي عكسه يخير أيضاً لأنه يتعذر الاستيفاء كملاً للتعدي إلى غير حقه،

أقول: وفيه أيضاً بحث، إذ الفرق بين التفاوت الحسي وبين التفاوت الحكمي في استيفاء الأنقص بالأكمل تحكم أيضاً، فإنه إذا تقرر التفاوت بين الشيئين بالكمال والنقصان فصاحب الأكمل إن رضي بأن يستوفي في الأنقص من صاحب الأنقص بمقابلة الأكمل يصير مسقطاً لبعض حقه مستوفياً لما بقي بالضرورة، سواء كان ذلك التفاوت أمراً حسياً أو أمراً حكمياً. وأما صاحب الأنقص، فإن رضي بأن يستوفي منه صاحب الأنقص الأكمل بمقابلة الأنقص يصير لزيادة حقه بالضرورة أيضاً بلا تفاوت بين كون سبب التفاوت حسياً أو حكمياً، والبذل في الأطراف غير جائز بلا خلاف. وأما إسقاط الحق بالرضا والاختيار فجائز في جميع الأمور، فلا مجال للفرق المزبور، فإن قلت: السبب الحكمي لا يفيد التفاوت الحقيقي، وإسقاط البعض وبذل الزيادة فرع التفاوت الحقيقي فهذا مدار الفرق المذكور. قلت: لا نسلم أن إسقاط بعض الحق وبذل زيادته فرع التفاوت الحسي الحقيقي، فإن كثيراً من الحقوق الشرعية الغير الحسية يجري فيها الكمال والنقصان، فلا جرم يكون الرضا بالناقص منها عند استحقاقه الكامل إسقاطاً لبعض الحق، ويكون إيفاء الكامل منها بدل الناقص بذلاً للزيادة، كيف ولو سلم ذلك لزم أن لا يتم أصل دليل المسألة التي نحن بصددها، فإن مدار ذلك على انعدام التماثل في الأطراف بتحقق التفاوت الحكمي بينها، وقال صاحب الكفاية في دفع ذلك الإشكال: قلنا شرع القصاص في الأصل يعتمد المساواة، فإن كان النقصان ثابتاً باعتبار الأصل كنقصان طرف الأنثى والعبد من طرف الذكر والحرّ منع شرع القصاص لانتفاء محله، وإن كان التساوي في الأصل ثابتاً والتفاوت باعتبار أمر عارض كان القصاص مشروعاً فيمنع استيفاء الكامل بالناقص دون عكسه إذا رضي به صاحب الحق انتهى. ويقرب من هذا رأي تاج الشريعة في الفرق بين المسألتين. أقول: وفيه أيضاً بحث، لأنه إن أريد أن شرع القصاص يعتمد المساواة بحسب الأصل ولا اعتبار للتفاوت بحسب أمر عارض يلزم أن يجوز استيفاء الكامل وهو الصحيح بالناقص وهو الأشل، كما يجوز عكسه لأنهما متساويان بحسب أصل الخلقة، والتفاوت بينها بحسب أمر عارض وهو الشلل مع أنه لا يجوز استيفاء الكامل بالناقص بلا ريب، وإن أريد أن شرع القصاص يعتمد المساواة من كل الوجوه لكن يجوز استيفاء الناقص بالكامل إذا رضي صاحب الحق به لرضا صاحب الحق بإسقاط

قبل أن يستوفي الأرش لم يكن له إلا القصاص، وهذا عندنا، وعند الشافعي حرمه الله أن الواجب أحد الشيئين: إما القصاص، أو الأرش، فإذا تعذر أحدهما لفوات محله تعين الآخر. وقوله: **(ومن شجّ رجلاً)** قد قررناه في الفرق بينه وبين من قطع يد رجل ويد القاطع أكبر من يده فلا حاجة إلى إعادته. وقوله: **(وفي عكسه يخير أيضاً)** وهو أن يكون رأس

الشاج، فاثبت للمشجوج الخيار، إن شاء أخذ الأرش، وإن شاء اقتص وأخذ بقدر شجته، وإنما كان كذلك لأن ما يلحقه من الشين أكثر، لأن الشجة المستوعبة لما بين قرنيه أكثر شيئاً من الشجة التي لا تستوعب قرنيه، بخلاف قطع العضو فإن الشين فيه لا يختلف، وكذا منفعته لا تختلف فلم يكن له إلا القصاص لوجود المساواة فيه من كل وجه انتهى قال المصنف: **(لأن الشجة موجبة لكونها مشينة فقط)** أقول: يعني لا لكونها مفوتة للمنفعة، إذ ليس فيها تفويت المنفعة كما في قطع اليد، ففيه إشارة إلى الفرق بينهما فتأمل.

وكذا إذا كانت الشجة في طول الرأس وهي تأخذ من جبهته إلى قفاه ولا تبلغ إلى قفا الشاج فهو بالخيار لأن المعنى لا يختلف. قال: (**ولا قصاص في اللسان ولا في الذكر**) وعن أبي يوسف أنه إذا قطع من أصله يجب لأنه يمكن اعتبار المساواة. ولنا أنه ينقبض وينبسط فلا يمكن اعتبار المساواة (**إلا أن تقطع الحشفة**) لأن موضع القطع معلوم كالمفصل، ولو قطع بعض الحشفة أو بعض الذكر فلا قصاص فيه لأن البعض لا يعلم مقداره، بخلاف الأذن إذا قطع كله أو بعضه لأنه لا ينقبض ولا ينبسط وله حدّ يعرف فيمكن اعتبار المساواة. والشفة إذا استقصاها بالقطع يجب القصاص لإمكان اعتبار المساواة، بخلاف ما إذا قطع بعضها لأنه يتعذر اعتبارها.

بعض حقه لا لتحقق المساواة المعتبرة في شرع القصاص فمع إباء عبارة الجواب المذكور عنه جداً يلزم أن يجوز استيفاء طرف المرأة بطرف الرجل أيضاً إذا رضي الرجل به لوجود رضا صاحب الحق بإسقاط بعض حقه في هاتيك الصورة أيضاً مع أنه لا يجوز عندنا أصلاً فتأمل حق التأمل، فلعل حل هذا المقام على وجه يرتفع به الإشكال عنه بالمرة مما تسكب فيه العبرات.

المشجوج أكبر من رأس الشاجّ لأنه إن استوفى المشجوج مثل حقه مساحة كان أزيد في الشين من الأول، وإن اقتصر على ما يكون مثل الأوّل في الشين كان دون حقه فيتخير بين الاقتصاص وأخذ الأرش، والباقي إلى آخره ظاهر.

فصل

قال: (وإذا اصطلح القاتل وأولياء القتيل على مال سقط القصاص ووجب المال قليلاً كان أو كثيراً) لقوله تعالى ﴿فمن عفي له من أخيه شيء﴾) الآية على ما قيل نزلت الآية في الصلح. وقوله عليه الصلاة والسلام «من قتل له قتيل»[1] الحديث، والمراد والله أعلم الأخذ بالرضا على ما بيناه وهو الصلح بعينه، ولأنه حق ثابت للورثة يجري فيه الإسقاط عفواً فكذا تعويضاً لاشتماله على إحسان الأولياء وإحياء القاتل فيجوز بالتراضي؛ والقليل والكثير فيه

فصل

قال في العناية: لما كان تصوّر الصلح بعد تصوّر الجناية وموجبها أتبعه ذلك في فصل على حدة انتهى. أقول: فيه كلام أما أوّلاً فلأن الصلح عن القصاص مسألة واحدة من مسائل هذا الفصل، وبيان وجه اتباع هذه المسألة وحدها لا يكفي في اتباع جميع ما شمله هذا الفصل من المسائل الكثيرة المختلفة كما ترى. وأما ثانيا فلأن كون تصوّر الصلح عن الجناية بعد تصوّر الجناية، وموجبها إنما يقتضي مجرد اتباعه ذلك وتأخيره عنه لا ذكره في فصل على حدة، فما معنى قوله في تالي الشرطية المذكورة أتبعه ذلك في فصل على حدة قوله: (ولأنه حق ثابت للورثة يجري فيه الإسقاط عفواً فكذلك تعويضاً) أقول: لقائل أن يقول: لا يلزم من جريان الإسقاط عفواً في شيء جريانه تعويضاً أيضاً فيه؛ ألا يرى أن للشفيع إسقاط حق شفعته بلا عوض بعد أن ثبت له حق الشفعة، ولا يصح أن يصالح عن حق شفعته على مال كما مرّ في كتاب الصلح فليتأمل في الدفع قوله: (وإذا عفا أحد الشركاء من الدم أو صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقين من القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية) أقول: في عبارة الكتابُ ها هنا فتور من وجوه: الأول أن كلمة عفا تعدي بعن وقد عداها في الكتاب بمن حيث قال من الدم. والثاني أنه يقال: صالح عن كذا على عوض، وذكر في الكتاب كلمة من موضع كلمة عن حيث قال: أو صالح من نصيبه على عوض. والثالث أن عبارة النصيب في قوله أو صالح من نصيبه توهم تجزي القصاص لأن النصيب هو الحصة، وقد تقرّر فيما مر أن القصاص غير متجزّ فيثبت كملاً لكل واحد من أولياء القتيل، فالأظهر في وضع هذه المسألة أن يقال: وإذا عفا أحد الشركاء عن الدم أو صالح عن حقه على عوض سقط حق الباقين في القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية، والتعبير بالنصيب إنما أصاب المحز في قوله وكان لهم نصيبهم من الدية لأن الدية متجزئة لكونها من قبيل الأموال فكان لكل واحد منهم نصيب منها بقدر حقه من الإرث. وأما حق التعبير في شأن القصاص فأن يذكر لفظ الحق بدل لفظ النصيب كما نبهنا عليه وعن هذا قال المصنف عند تقرير دليلنا على هذه المسألة. ومن

فصل

لما كان تصوّر الصلح بعد تصوّر الجناية وموجبها أتبعه ذلك في فصل على حدة (إذا اصطلح القاتل وأولياء المقتول عن القصاص على مال سقط القصاص ووجب المال المسمى قليلاً كان أو كثيراً زائداً على مقدار الدية لقوله تعالى ﴿فمن عفى له من أخيه شيء﴾ الآية على ما قيل إنها نزلت في الصلح) وهو قول ابن عباس والحسن والضحاك ومجاهد وهو موافق للام، فإن عفا إذا استعمل باللام كان معناه البدل: أي فمن أعطى إذا استعمل باللام كان معناه البدل: أي فمن أعطى من جهة أخيه المقتول شيئاً من المال بطريق الصلح فاتباع: أي فمن أعطى وهو ولي القتل مطالبة بدل الصلح عن مجاملة وحسن معاملة، وإنما قال على ما قيل لأن أكثر المفسرين على أنها في عفو بعض الأولياء، ويدل عليه قوله شيء فإنه يراد به البعض، وتقريره

فصل وإذا اصطلح القاتل

قوله: (فإنه يراد به البعض) أقول: يوهم تجزي القصاص.

---

(١) متفق عليه. هو بعض خبر تحريم مكة المطول وفيه: ومن قُتل له قتيل، فهو بخير النظرين، إما أن يعطي الدية، وإما أن يقاد أهل القتيل. وتقدم تخريجه في أواخر الحجّ مستوفياً وانظر نصب الراية ٤/ ٣٥٠.

سواء لأنه ليس فيه نص مقدر فيفوض إلى اصطلاحهما كالخلع وغيره، وإن لم يذكروا حالاً ولا مؤجلاً فهو حال لأنه مال واجب بالعقد، والأصل في أمثاله الحلول نحو المهر والثمن، بخلاف الدية لأنها ما وجبت بالعقد. قال: **(وإن كان القاتل حراً وعبداً فأمر الحرّ ومولى العبد رجلاً بأن يصالح عن دمهما على ألف درهم ففعل فالألف على الحرّ والمولى نصفان)** لأن عقد الصلح أضيف إليهما **(وإذا عفا أحد الشركاء من الدم أو صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقين عن القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية)** وأصل هذا أن القصاص حق جميع الورثة، وكذا الدية

ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقين فيه لأنه لا يتجزأ، قوله: **(وأصل هذا أن القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية خلافاً لمالك والشافعي في الزوجين)** قال صاحب النهاية: هذا اللفظ كما ترى يدل على أنه ليس للزوجين حق في القصاص والدية جميعاً عندهما، ونقل عن المبسوط والإيضاح والأسرار ما يدل على أن خلاف مالك في الزوجين في الدية خاصة. وأما في حق القصاص فيه خلاف ابن أبي ليلى في الزوجين. ونقل عن الأسرار أن الشافعي يقول: لا حظ للنساء في استيفاء القصاص ولهن حق العفو. ثم قال: وبهذا يعلم أن ما ذكره في الكتاب من أنه لا حظ للزوجين في القصاص والدية عن مالك والشافعي مخالف لرواية المبسوط والإيضاح والأسرار: أقول: فيه نظر، لأن ما ذكر في الكتاب إنما يكون مخالف لرواية تلك الكتب لو كان معناه أنه لا حق للزوجين في القصاص والدية جميعاً عند مالك والشافعي، وهو غير مسلم لجواز أن يكون قول المصنف خلافاً لمالك والشافعي في الزوجين متعلقاً بقوله وكذا الدية وحده لا بمجموع قوله وأصل هذا أن القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية، ولا يخلو عن نوع إرشاد فصل قوله وكذا الدية بذكر لفظة كذا، إذ لو كان مراده الجمع بين القصاص والدية في بيان الخلاف أيضاً لقال: وأصل هذا أن القصاص والدية حق جميع الورثة خلافاً لمالك والشافعي في الزوجين. وعن هذا قال تاج الشريعة في شرح قوله خلافاً لمالك والشافعي في الزوجين: فعندهما لا يرث الزوج والزوجة من الدية شيئاً لأن وجوبه بعد الموت والزوجية تنقطع به انتهى. حيث لم يتعرض للقصاص في شرح ذلك، ويوافقه تحرير صاحب الكافي ها هنا حيث قال: والأصل أن القصاص حق الورثة وكذا الدية. وقال مالك والشافعي: لا يرث الزوجان من الدية شيئاً انتهى. وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية: وهو مؤاخذة ضعيفة لأنه لا يلزم من المخالفة لها عدم صحة ما نقله، والمشهور من مذهبها ما نقله، انتهى. أقول: بل ما ذكره نفسه ضعيف، لأن صاحب النهاية لم يدع عدم صحة ما في الكتاب بالكلية، بل أراد بيان مخالفته لما في الكتب الثلاثة المعتبرة المقبولة بين الفقهاء لا سيما المبسوط والأسرار فإن صاحبيهما من أساطين الأئمة، ولا نسلم أن المشهور من مذهب مالك والشافعي أن ليس للزوجين حق في القصاص والدية جميعاً، بل المشهور من مذهبهما ما ذكر في تلك الكتب، فالأوجه التوفيق بين ما ذكر فيها وبين ما ذكر في الكتاب بما نبهنا عليه آنفا قوله: **(ولنا أنه عليه**

فمن عفى عنه وهو القاتل من أخيه في الدين وهو المقتول شيء من القصاص بأن كان للقتيل أولياء فعفا بعضهم فقد صار نصيب الباقين مالاً وهو الدية على حصصهم من الميراث، وهو مرويّ عن عمر وابن عباس وابن مسعود رضي الله عنهم، فاتباع بالمعروف: أي فليتبع غير العافي بطلب حصته بقدر حقه، وليؤدّ القاتل إليه حقه وافياً من غير نقص، ولقوله ﷺ «من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين: إن شاءوا قادوا، وإن شاءوا أخذوا الدية» قال المصنف رحمه الله **(والمراد والله أعلم الأخذ بالرضا على ما بيناه)** يعني أنه ليس للولي العدول إلى المال إلا برضا القاتل وهوالصلح بعينه والباقي ظاهر. وقوله: **(نص مقدر)** بكسر الدال. وقوله: **(كالخلع وغيره)** يعني كالإعتاق على مال. وقوله: **(خلافاً لمالك والشافعي رحمهما الله في الزوجين)** قال في النهاية: هذا اللفظ كما ترى يدل على أنه ليس للزوجين حق في القصاص والدية جميعاً عندهما. ونقل عن المبسوط والإيضاح والأسرار ما يدل على خلاف مالك في الدية خاصة وأن الشافعي يقول: النساء لا تستوفي القصاص ولهن حق العفو. ثم قال: وبهذا يعلم أن ما ذكره في الكتاب من أنه لا حظ للزوجين في القصاص والدية عند مالك والشافعي مخالف لرواية المبسوط والإيضاح والأسرار، وهو مؤاخذة ضعيفة لأنه لا يلزم من المخالفة لها عدم صحة ما نقله، والمشهور

خلافاً لمالك والشافعي في الزوجين، لهما أن الوراثة خلافة وهي بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت، ولنا «أنه عليه الصلاة والسلام أمر بتوريث امرأة أشيم الضبابي من عقل زوجها أشيم»، ولأنه حق يجري فيه الإرث. حتى أن من قتل وله ابنان فمات أحدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن فيثبت لسائر الورثة، والزوجية تبقى

الصلاة والسلام أمر بتوريث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها أشيم)[1] أقول: فيه شيء، وهو أن هذا الدليل لا يفيد تمام المدعي ها هنا، فإنه إنما يدل على ثبوت الاستحقاق بالزوجية في حق الدية، ولا يدل على ثبوت ذلك في حق القصاص، والعمدة ها هنا هو الثاني، وإنما ذكر الآخر استطراداً كما ترى قوله: **(ولأنه حق يجري فيه الإرث، حتى أن من قتل وله ابنان فمات أحدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن فيثبت لسائر الورثة)** أقول: فيه أيضاً شيء، وهو أن هذا التعليل وإن كان يتمشى في القصاص أيضاً إلا أنه لا يتمشى فيه على أصل أبي حنيفة، وإنما يتمشى فيه على أصل أبي يوسف ومحمد، فإنه سيجيء في أول باب الشهادة في القتل أن القصاص طريقه طريق الوراثة عندهما كالدين والدية، وأما عنده فطريقه طريق الخلافة دون الوراثة فلا يصح أن يقال من قبله إنه حق يجري فيه الإرث مع أن المدعي ها هنا وهو قوله وأصل هذا أن القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية مما اتفق عليه أئمتنا قاطبة فكيف يتم تعليل المتفق عليه بالمختلف فيه. وقول المصنف في تتمته: حتى أن من قتل وله ابنان فمات أحدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن لا يجدي نفعاً لأنه إنما يدل على جريان الإرث فيه من غير المقتول، ولا كلام فيه إذ لا خلاف فيه بين أئمتنا الثلاثة، فإن حق القصاص هناك يثبت عندهم جميعاً للمورث الغير المقتول قبل موته وراثة من المقتول عندهما وخلافة عنه لا وراثة عند أبي حنيفة، بخلاف المقتول فإن حق القصاص

من مذهبهما ما نقله. وقوله: **(لهما أن الوراثة خلافة)** يستلزم عدم تورث أحد الزوجين من الآخر شيئاً وهو باطل، ولكن يحمل على أن معناه الوراثة فيما يجب بعد الموت خلافة وهي فيه بالنسب لا السبب لانقطاعه بالموت والقصاص والدية إنما

قوله: **(وأن الشافعي يقول: النساء لا تستوفي القصاص الخ)** أقول: هذا وجه للشافعي، وما ذكره المصنف في القصاص وجه آخر، ذكر ذلك في كتبهم، والصحيح مقابلهما قوله: **(والمشهور من مذهبهما ما نقله)** بل الصحيح من مذهب الشافعي ثبوت حق القصاص والدية لكل وارث كما هو مذهبنا به صرح في كتبهم قوله: **(وقوله لهما أن الوراثة خلافة يستلزم عدم توريث أحد الزوجين من الآخر)** أقول: ولا المولى المعتق وعصبته، لكن لهما أن يقولا: القياس عدم التورث، والتوريث ثبت بالنص على خلاف القياس فيما ملكه المورث وتركه فيقتصر على مورده قوله: **(الوراثة فيما يجب بعد الموت خلافة وهي فيه الخ)** أقول: قوله وهي راجع إلى الوراثة، وضمير

---

(١) جيد. أخرجه أبو داود ٢٩٢٧ والترمذي ١٤١٥ والنسائي في الكبرى ٦٣٦٣ وابن ماجه ٢٦٤٢ والبيهقي ٨/٥٧. ١٣٤ وأحمد ٣/٤٥٢ كلهم عن ابن عيينة عن الزهري عن ابن المسيب قال: كان عمر يقول: الدية على العاقلة، ولا ترث المرأة من دية زوجها شيئاً، فقال له الضحاك بن سفيان: إن النبي ﷺ كتب إليّ أن أورّث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها. وإسناده حسن رجاله رجال الشيخين زاد النسائي في روايته الثانية: فرجع عمر.

كرره النسائي برقم ٦٣٦٤ و ٦٣٦٥ من هذا الوجه. ورواه مالك في الموطأ ٢/٨٦٦ ح ٩ والنسائي ٦٣٦٦ كلاهما عن الزهري مرسلاً.

قلت: الحديث الأول صحيح رجاله كلهم ثقات مشهورون قال الترمذي: حسن صحيح والعمل على هذا عند أهل العلم.

تنبيه: وقد وهم الألباني في الإرواء ٢٦٤٩ حيث قال عن الإسناد الأول: مرسل. لأن ابن المسيب في سماعه من عمر خلاف وحديثه الزهري منقطع لم يدرك عمر اهـ.

قلت: وليس كما ظن الألباني فإن ابن المسيب إنما سمعه من الضحاك بن سفيان لا من عمر كما تبادر إلى ذهن الألباني فقد جاء في الإصابة لابن حجر في ترجمة الضحاك بن سفيان قال: روى سعيد بن المسيب عنه حديث توريث امرأة أشيم.

أنظر الإصابة ٢/٢٠٦ برقم ٤١٦٦ فالحديث إسناده قوي وكما قال الترمذي: حسن صحيح.

ويقويه ما أخرجه الطبراني كما في المجمع ٤/ ٢٣٠ عن المغيرة بن شعبة أن أسعد بن زرارة قال العمر: إن النبي ﷺ كتب إلى الضحاك بن سفيان.. الحديث قال الهيثمي: رجاله ثقات. وبإسناد آخر رجاله ثقات ورواه الطبراني عن المغيرة عن زرارة بن جزي أنه قال لعمر... فذكره اهـ وكذا رواه الدارقطني ٤/٧٦ وأخرجه الدارقطني ٤/٧٦ عن المغيرة أن رسول الله ﷺ كتب إلى الضحاك.. لم يذكر فيه أمر عمر.

الخلاصة: هذه شواهد لحديث ابن المسيب تثبت سماعه له من الضحاك بن سفيان والله أعلم.

بعد الموت حكماً في حق الإرث أو يثبت بعد الموت مستنداً إلى سببه وهو الجرح، وإذا ثبت للجميع فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والإسقاط عفواً وصلحاً ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقين فيه، لأنه لا يتجزأ، بخلاف ما إذا قتل رجلين وعفا أحد الوليين لأن الواجب هناك قصاصان من غير شبهة لاختلاف القتل والمقتول وها هنا واحد لاتحادهما، وإذا سقط القصاص ينقلب نصيب الباقين مالاً لأنه امتنع لمعنى راجع إلى القاتل، وليس للعافي شيء من المال لأنه أسقط حقه بفعله ورضاه، ثم يجب ما يجب من المال في ثلاث سنين وقال زفر: يجب في سنتين فيما إذا كان بين الشريكين وعفا أحدهما، لأن الواجب نصف الدية فيعتبر بما إذا قطعت

لا يثبت له قبل موته عنده، بل إنما يثبت عنده بعد موته لورثته ابتداء لتشفي الصدور كما ستطلع على تفصيله في بابه، والكلام ها هنا في ورثة نفس المقتول فلا يتم التقريب على أصله فليتأمل، ثم إن صاحب العناية قال في شرح هذا التعليل: وأما الثاني فلأنهما موروثان كسائر الأموال بالاتفاق فيجب أن يكونا في حق الزوجين كذلك لأن وجوبهما أوّلاً للميت، ثم يثبت للورثة ولا يقع للميت إلا بأن يسند الوجوب إلى سببه وهو الجرح، فكان كسائر الأموال في ثبوتهما قبل الموت انتهى، أقول: قد زاد هذا الشارح ها هنا نغمة في الطنبور حيث زاد فساداً على فساد، لأنه مع إتيانه في تضاعيف شرحه بما يقرر أن لا يتم هذا التعليل على أصل أبي حنيفة وهو قوله لأن وجوبهما أولاً للميت ثم يثبت للورثة صرح بأنهما يعني القصاص والدية موروثان كسائر الأموال بالاتفاق، وقد عرفت أن القصاص ليس بموروث من المقتول عند أبي حنيفة، بخلاف سائر الأموال فالتصريح بالاتفاق فساد فوق فساد، والله الهادي إلى سبيل الرشاد قوله: **(وإذا قتل جماعة واحداً عماداً اقتص من جميعهم لقول عمر فيه: لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم)**[1] قال صاحب النهاية: هذا جواب الاستحسان. وفي القياس: لا يلزمهم القصاص لأن المعتبر في القصاص المساواة لما في الزيادة من الظلم على المعتدي وفي النقصان من البخس بحق المعتدى عليه ولا مساواة بين العشرة والواحد هذا شيء يعلم ببداهة العقل. فالواحد من العشرة يكون مثلاً للواحد فكيف تكون العشرة مثلاً للواحد. وأيد هذا القياس قوله تعالى ﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس﴾ المائدة (٤٥) وذلك ينفي مقابلة النفوس بنفس، ولكن تركنا هذا القياس لما روي أن سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلاً فقضى عمر رضي الله عنه بالقصاص عليهم وقال: لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم[2] به انتهى كلامه. أقول: فيه بحث، لأنه صرّح بأن هذا

يجبان عند الموت. وقلنا: إنه فاسد بالنقل والعقل، أما الأوّل فحديث امرأة أشيم الضبابي بكسر الضاد المعجمة كما ذكره في الكتاب، وأما الثاني فلأنهما موروثان كسائر الأموال بالاتفاق، فيجب أن يكونا في حق الزوجين كذلك لأن وجوبهما أولاً للميت ثم يثبت للورثة ولا يقع للميت إلا بأن يسند الوجوب إلى سببه وهو الجرح فكانا كسائر الأموال في ثبوتهما قبل

فيه راجع إلى «ما» في قوله فيما يجب قال المصنف: **(لأنه لا يتجزأ)** أقول: فيه بحث، لأن قضية عدم التجزي أن يسقط في حق العافي كملاً كثبوته له كملاً، ولا يستلزم ذلك سقوط حق الباقين، إلا أن يقال: لما كان الحق واحداً أورث سقوطه في حق البضع شبهة السقوط في حق الباقين لثبوته من وجه دون وجه فليتأمل، ويمكن توجيه كلام المصنف بذلك قوله: **(كالألف المؤجلة إلى ثلاث سنين فإن كل درهم منها كذلك)** أقول: فيه شيء جوابه سهل قال المصنف: **(وإذا قتل جماعة واحداً اقتص من جماعتهم لقول عمر: لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم)** أقول: فإن قيل: لم لم يستدل بقوله تعالى: ﴿كتب عليكم القصاص في القتلى﴾ قلنا: لأن مقابلة الجمع بالجمع تقتضي انقسام الآحاد على الآحاد تأمل. ثم في قوله لقول عمر رضي الله عنه: لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم بحث، لأنه يجوز أن يكون

---

(١) أثر عمر. هو الآتي.

(٢) موقوف جيد. أخرجه مالك ٢/ ٨٧١ ومحمد في الموطأ ٦٧١ بسند صحيح عن ابن المسيب أنه عمر. . . فذكره.

ورواه الدارقطني ٢/ ٢٠٢ والبيهقي ٨/ ٤١ كذلك. وأخرجه البخاري ٦٨٩٦ بسنده عن نافع عن ابن عمر: أن غلاماً قتل غيلة فقال عمر: لو اشترك فيها أهل صنعاء لقتلتهم.

ثم رواه معلقاً وقال مغيرة بن حكيم عن أبيه: إن أربعة. . . الأثر. وانظر الفتح ١٢/ ٢٢٧ حيث ذكر طرقه.

يده خطأ. ولنا أن هذا بعض بدل الدم وكله مؤجل إلى ثلاث سنين فكذلك بعضه، والوجب في اليد كل بدل الطرف وهو في سنتين في الشرع ويجب في ماله لأنه عمد. قال: **(وإذا قتل جماعة واحداً عمداً اقتص من جميعهم لقول عمر رضي الله عنه فيه: لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم)**، ولأن القتل بطريف التغالب غالب، والقصاص مزجرة

القياس مؤيد بقوله تعالى ﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس﴾ المائدة (٤٥) وقال في بيانه: وذلك ينفي مقابلة النفوس بنفس، فعلى ذلك يلزم من ترك هذا القياس ترك العمل بمدلول الآية المذكورة، وذلك لا يجوز بما روي عن عمر رضي الله عنه لأن عمر رضي الله عنه إن كان منفرداً في قضائه وقوله المزبورين فظاهر، لأن قول صحابي واحد وفعله لا يصلحان للمعارضة لكتاب الله تعالى فضلاً عن الرجحان عليه. وإن انضم إليه إجماع الصحابة حيث كانوا متوافرين ولم ينكر عليه أحد منهم فحل محل الإجماع كما صرح به في العناية وغيرها فكذلك، إذ قد تقرّر في علم أصول الفقه أن الإجماع لا يكون ناسخاً للكتاب ولا السنة كما لا يكون القياس ناسخاً لشيء منهما، فالحق في أسلوب تحرير هذا المقام أن لا يتعرض لحديث كون الآية المذكورة مؤيدة لما في مقتضى القياس في هذه المسألة وأن يبين عدم المنافاة بين مدلول تلك الآية وبين جواب الاستحسان ها هنا، وسيجيء منا الكلام في التوفيق بينهما بعيد هذا القول قوله: **(ولأن القتل بطريق التغالب غالب والقصاص مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقاً لحكمة الإحياء)** قال صاحب العناية: لقائل أن يقول: ما ذكرتم من المعقول إن لم يكن قياساً على مجمع عليه لا يكون معتبراً في الشرع، وإن كان فلا يربو على القياس المقتضي لعدمه المؤيد بقوله تعالى **﴿أن النفس بالنفس﴾** المائدة (٤٥) والجواب أنه قياس على سائر أبواب العقوبات المترتبة على ما يوجب الفساد من أفعال العباد ويربو على ذلك لقوة أثره الباطن وهو إحياء حكمة الإحياء، وقوله تعالى ﴿أن النفس بالنفس﴾ المائدة (٤٥) لا ينافيه لأنهم في إزهاق الروح الغير المتجزيء كشخص واحد انتهى كلامه أقول: فيه نظر، لأن جعل الأشخاص المتعددة الذوات في الحقيقة كشخص واحد بمجرد صدور إزهاق الروح الغير المتجزيء عن مجموعهم وجعلهم مساوين لشخص واحد بحيث

الموت؛ ألا ترى أنه إذا أوصى بثلث ماله دخلت ديته فيها وتقضى منه ديونه. وكان عليّ رضي الله عنه يقسم الدية على من أحرز الميراث وكفى به قدوة، وإذا ثبت ذلك فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والعفو والباقي واضح. وقوله: **(لأن الواجب نصف الدية)** يعني بالعفو فيكون في السنة الأولى الثلث وفي الثانية السدس كما إذا قطع يد إنسان خطأ. وقلنا: الواجب بعض بدل الدم لا بدل الجزء، وكله مؤجل إلى ثلاث سنين، فكذا بعضه كالألف المؤجلة إلى ثلاث سنين، فإن كل درهم منها كذلك. وقوله: **(والواجب في اليد)** جواب اعتباره وهو واضح. قال: **(وإذا قتل جماعة واحداً الخ)** إذا تعدّد القاتل اقتص من جميعهم، والقياس لا يقتضيه لانتفاء المساواة، لكنه ترك بما روي أن سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلاً فقضى عمر رضي الله عنه بالقصاص عليهم وقال: لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم، والتمالؤ التعاون، وصنعاء اليمن: قصبتها، . وروي عن عليّ رضي الله عنه أنه قتل ثلاثة بواحد. وعن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قتل جماعة بواحد، وكانت الصحابة رضي الله عنهم متوافرين ولم ينكر عليهم أحد فحل محل الإجماع، ولأن القتل بطريق التغالب غالب فإن القتل بغير حق لا يتحقق غالباً إلا بالاجتماع، لأن الواحد يقاوم الواحد، وما غلب وقوعه من الفساد يوجب مزجرة فيجب القصاص تحقيقاً لحكمة الإحياء، فإنه لو لم يجب لما عجز المفسد عن أن يجمع عليه أمثاله ويقتل لعلمه أن لا قصاص فيؤدي إلى سدّ باب القصاص. ولقائل أن يقول: ما ذكرتم من المعقول إن لم يكن قياساً على مجمع عليه لا يكون معتبراً في الشرع، وإن كان فلا يربو على القياس المقتضي لعدمه المؤيد بقوله تعالى: **﴿أن النفس بالنفس﴾** والجواب أنه قياس على سائر أبواب العقوبات المترتبة على ما

بطريق السياسة بقرينة الإضافة إلى نفسه كما سبق في باب ما يوجب القصاص قال المصنف: **(ولأن القتل بطريق التغالب غالب، والقصاص مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقاً لحكمة الإحياء)** أقول: تقرير الدليل القتل بطريق التغالب فساد غالب، وكل فساد غالب يحتاج إلى مزجرة للسفهاء، فالقتل بطريق التغالب يحتاج إلى مزجرة، ومزجرة القتل العمد هو القصاص قوله: **(لا يكون معتبراً في الشرع)** أقول: لأن العقوبات لا تثبت إلا بمثل هذه الأقيسة قوله: **(وإن كان فلا يربو على القياس المقتضي لعدمه)** أقول: وهو انتفاء المماثلة والمساواة.

للسفهاء فيجب تحقيقاً لحكمة الأحياء (**وإذا قتل واحد جماعة فحضر أولياء المقتولين قتل لجماعتهم ولا شيء لهم غير ذلك، فإن حضر واحد منهم قتل له وسقط حق الباقين**) وقال الشافعي: يقتل بالأول منهم ويجب للباقين المال، وإن اجتمعوا ولم يعرف الأول قتل لهم وقسمت الديات بينهم، وقيل يقرع بينهم فيقتل لمن خرجت قرعته. له أن الموجود من الواحد قتلات والذي تحقق في حقه قتل واحد فلا تماثل، وهو القياس في الفصل الأول، إلا أنه عرف بالشرع. ولنا أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فجاء التماثل أصله الفصل الأول، إذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص، ولأنه وجد من كل واحد منهم جرح صالح للإزهاق فيضاف إلى كل منهم إذ هو لا يتجزأ، ولأن

يتحقق بين ذلك الشخص الواحد وبين هؤلاء الجماعة مماثلة معتبرة في القصاص بعيد جداً عن مساعدة العقل والنقل، وأيضاً ينافي هذا ما سيأتي في تعليل المسألة الآتية من أن الأصل عند أئمتنا أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فكان الصادر منهم بهذا الاعتبار قتلات متعددة على عدد رؤوسهم فحصلت المماثلة المعتبرة في القصاص. والحق عندي هنا أن يقال: إن قوله تعالى: ﴿أن النفس بالنفس﴾ المائدة (٤٥) لا ينافي ما قالوا في هذه المسألة إذ لا دلالة فيه على اعتبار الوحدة في النفس، بل فيه مجرد مقابلة جنس النفس بجنس النفس كما ترى، والمقصود منه الاحتراز عن أن يقتص النفس بغير النفس كما في قوله تعالى ﴿والعين بالعين والأنف بالأنف﴾ المائدة (٤٥) ونحوهما وأما أنه هل تتحقق المماثلة المعتبرة في القصاص عند تعدد النفس في جانب القاتل أو المقتول فإنما يستفاد ذلك من دليل آخر؛ ألا يرى أن العين اليمنى لا تقتص بالعين اليسرى وكذا العكس، مع أن قوله تعالى: ﴿والعين بالعين﴾ المائدة (٤٥) لا يدل عليه نظراً إلى ظاهر إطلاقه، بل إنما يستفاد ذلك من دليل آخر فكذا هنا تبصر قوله: (**ولنا أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فجاء التماثل أصله الفصل الأول إذ لم يكن كذلك لما وجب القصاص**) أقول: فيه إشكال. وأما أولاً فلأن كون كل واحد منهم قاتلاً بوصف الكمال أمر متعذر لاستلزامه توارد العلل المستقلة بالاجتماع على معلول واحد بالشخص وهو محال كما تقرر في موضعه. وأما ثانياً فلأن شراح الكتاب وغيرهم صرّحوا في الفصل الأول بأن جواب المسألة جواب الاستحسان، والقياس لا يقتضيه، لأن المعتبر في القصاص المماثلة ولا مماثلة بين الواحد والجماعة قطعاً بل بديهة، لكنا تركنا القياس بإجماع الصحابة على قتل جماعة بواحد، فالقول ها هنا يتحقق التماثل في الفصل الأول أيضاً ينافي ذلك، إذ يلزم حينئذٍ أن يكون الجواب المسألة هناك جواب القياس والاستحسان معا. فإن قلت: ليس المراد أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال حقيقة، بل المراد أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال في اعتبار الشرع تحقيقاً للمماثلة المعتبرة في القصاص فيحصل الجواب عن وجهي الإشكال معاً. قلت: توارد العلتين المستقلتين بالاجتماع على معلول واحد بالشخص

يوجب الفساد من أفعال العباد، ويربو على ذلك بقوة أثره الباطن وهو إحياء حكمة الإحياء. وقوله تعالى: ﴿أن النفس بالنفس﴾ لا ينافيه لأنهم في إزهاق الروح الغير المتجزىء كشخص واحد، وإذا كانت المسألة بالعكس وحضر أولياء المقتولين قتل بجماعتهم كما ذكر في الكتاب. وقال: (**الشافعي رحمه الله: يقتل بالأول منهم ويجب المال للباقين**) يعني أن قتلهم على التعاقب، وإن قتلهم جملة أو جهل الأول قتل بهم وقسم الديات بينهم أو يقرع. وقوله: (**وهو القياس في الفصل الأول**) وهو ما إذا قتل جماعة واحداً (**إلا أنه عرف بالشرع**) يريد قضية عمر رضي الله عنه (**ولنا أن كل واحد منهم**) أي من أولياء القتلى (**قاتل قصاصاً بوصف الكمال لأنه لا يتجزأ أصله الفصل الأول**) فإن الجماعة تقتل بالواحد اتفاقاً، ولو لم يكن بينهما مماثلة لما جاز ذلك، وإذا كانت الجماعة مثلاً للواحد كان العكس كذلك، لأن المماثلة بين الشيئين إنما تكون من الجانبين. وقوله: (**ولأنه وجد من كل واحد منهم جرح الخ**) يعني أن القتل جرح صالح لإزهاق الروح وقد وجد من كل واحد منهم، بحيث أنه

قوله: (**وقوله تعالى: ﴿أن النفس بالنفس﴾ لا ينافيه لأنهم في إزهاق الروح الغير المتجزىء كشخص واحد**) أقول: ويجوز أن يقال: لما أضيف إزهاق الروح إلى كل واحد منهم كملاً كان المقتول كأنه أشخاص متعددة، ولعل هذا أنسب وأظهر مما ذكره الشارح؛ ألا يرى إلى قوله ولنا أن كل واحد قاتل بوصف الكمال الخ قال المصنف: (**ولأنه وجد من كل واحد جرح صالح للإزهاق**) أقول: هذا الوجه تفصيل وشرح للوجه الأول كما لا يخفى.

القصاص شرع مع المنافي لتحقيق الإحياء وقد حصل بقتله فاكتفى به. قال: **(ومن وجب عليه القصاص إذا مات سقط القصاص)** لفوات محل الاستيفاء فأشبه موت العبد الجاني، ويتأتى فيه خلاف الشافعي إذ الواجب أحدهما عنده. قال: **(وإذا قطع رجلان يد رجل واحد فلا قصاص على واحد منهما وعليهما نصف الدية)** وقال الشافعي: تقطع يداهما، والمفرض إذا أخذا سكيناً وأمراه على يده حتى انقطعت له الاعتبار بالأنفس، والأيدي تابعة لها فأخذت حكمها، أو يجمع بينهما بجامع الزجر. ولنا أن كل واحد منهما قاطع بعض اليد، لأن الانقطاع حصل باعتماديهما والمحل متجزىء فيضاف إلى كل واحد منهما البعض فلا مماثلة، بخلاف النفس لأن الانزهاق لا يتجزأ، ولأن القتل بطريق الاجتماع غالب حذار الغوث، والاجتماع على قطع اليد من المفصل في حيز الندرة لافتقاره إلى مقدمات بطيئة فيلحقه الغوث. قال: **(وعليهما نصف الدية)** لأنه دية اليد الواحدة وهما قطعاها **(وإن قطع واحد يميني رجلين فحضرا فلهما أن يقطعا يده ويأخذا منه نصف الدية يقسمانه نصفين سواء قطعهما معاً أو**

ممتنع عقلي، واعتبار الشرع ما هو ممتنع الوقوع واقعاً مما لا وقوع له في شيء، ولو فرضنا وقوعه لا يظهر له فائدة فيما نحن فيه لأنهم صرحوا بأن شرع المماثلة في القصاص لئلا يلزم الظلم على المعتدي على تقدير الزيادة، ولئلا يلزم البخس لحق المعتدى عليه على تقدير النقصان، ولا شك أن الظلم والبخس إنما يندفعان بتحقق المماثلة الحقيقية. وأما في مجرد اعتبار غير المماثل مماثلاً فلا يخلو الأمر عن الظلم أو البخس حقيقة، وهذا غير واقع بل غير جائز في أحكام الشرع قوله: **(ولأنه وجب من كل واحد منهم جرح صالح للإزهاق فيضاف إلى كل واحد منهم إذ هو لا يتجزأ)** أقول: لقائل أن يقول: حاصل هذا الدليل بيان وجه قوله في الدليل الأول أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فلا وجه لجعله دليلاً مستقلاً معطوفاً على الدليل الأول بقوله ولأنه وجد من كل واحد الخ. ثم إن صاحب العناية قال في شرح هذا الدليل: يعني أن القتل جرح صالح لإزهاق الروح، وقد وجد من كل واحد منهم بحيث لو انفرد عن الباقين كان قاتلاً بصفة الكمال. والحكم إذا حصل عقيب علل لا بد من الإضافة إليها، فإما أن يضاف إليها توزيعاً أو كملاً، والأول باطل لعدم التجزي فتعين الثاني، ولهذا لو حلف جماعة كل واحد منهم أن لا يقتل فلاناً فاجتمعوا على قتله حنثوا انتهى. أقول: فيه نظر، لأنه لا يلزم من أن لا يجوز إضافة القتل إلى تلك العلل توزيعاً بناء على أن القتل لا يتجزأ تعين أن يضاف إلى كل واحد منهم كملاً، بل يجوز أن يضاف كملاً إلى مجموع تلك العلل من حيث هي مجموع بل هو الظاهر لئلا يلزم توارد العلل المستقلة بالاجتماع على معلول واحد بالشخص فحينئذٍ لا يتم المطلوب كما لا يخفى. ويمكن توجيه مسألة الحلف بأن مدار الأيمان على العرف كما صرحوا به في محله، فإذا اجتمعت جماعة على قتل رجل ووجد من كل واحد منهم جرح صالح لإزهاق الروح يقال لكل واحد منهم في العرف أنه قتل فلاناً، وإن كان القتل في الحقيقة كملاً مضافاً إلى مجموعهم من حيث هو مجموع، فجاز أن يكون بناء حنث كل واحد منهم في مسألة الحلف على العرف. وأما القصاص فالمعتبر فيه الحقيقة لا غير. ثم أقول: كل واحد من ذينك الدليلين المذكورين في الكتاب إنما يتمشيان فيما إذا حضر أولياء المقتولين وقتلوا القاتل جملة، وأما فيما إذا حضر واحد منهم وقتل القاتل وحده فسقط حق الباقين كما ذكر أيضاً في

لو انفرد عن الباقين كان قاتلاً بصفة الكمال، والحكم إذا حصل عقيب علل لا بد من الإضافة إليها، فإما أن يضاف إليها توزيعاً أو كملاً، والأول باطل لعدم التجزي فتعين الثاني، ولهذا إذا حلف جماعة كل منهم أن لا يقتل فلاناً فاجتمعوا على قتله حنثوا **(ولأن القصاص شرع مع المنافي)** وهو قوله ﷺ «الآدمي بنيان الربّ، ملعون من هدم بنيان الرب» **(لتحقيق الإحياء وتحقيق الإحياء قد حصل بقتله)** أي بقتل القاتل **(فاكتفى به)** ولا شيء لهم غير ذلك. وقوله: **(ومن وجب عليه القصاص)** ظاهر. قال: **(وإذا قطع رجلان يد رجل واحد الخ)** تعدد الجاني في الأطراف ليس كتعدده في النفس عندنا، فإذا قطع يداً فلا قصاص أصلاً. وقال الشافعي رحمه الله إن وضع أحدهما السكين من جانب والآخر من آخر وأمرّا حتى التقى السكينان فالحكم كذلك، لأن كلاً منهما لم يقطع إلا بعض اليد فلا يقطع به كل يده، وإن أخذ سكيناً وأمرّاها على يده حتى انقطعت

على التعاقب) وقال الشافعي: في التعاقب يقطع بالأول، وفي القران يقرع لأن اليد استحقها الأول فلا يثبت الاستحقاق كالرهن بعد الرهن، وفي القران اليد الواحدة لا تفي بالحقين فترجح بالقرعة. ولنا أنهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان في حكمه كالغريمين في التركة، والقصاص ملك الفعل يثبت مع المنافي فلا يظهر إلاّ في حق الاستيفاء أما المحل خلوّ عنه فلا يمنع ثبوت الثاني، بخلاف الرهن لأن الحق ثابت في المحل، فصار كما إذا قطع العبد يمينيهما على التعاقب فتستحق رقبته لهما، وإن حضر واحد منهما فقطع يده فللآخر عليه نصف الدية. لأن

الكتاب فلا تمشية لشيء منهما، إذ لا يتصوّر أن يقال لأحد من الباقين الغير الحاضرين الذين لم يباشروا القتل أصلاً إنه قاتل، فضلاً عن أن يقال أنه قاتل بوصف الكمال، وكذا لا يتصوّر أن يقال لأحد منهم إنه وجد منه جرح صالح للإزهاق فينبغي أن يجب للباقين المال في هذه الصورة فليتأمل قوله: **(ولأن القصاص شرع مع المنافي لتحقيق الإحياء وقد حصل بقتله فاكتفى به)** أقول: فيه كلام، وهو أن تحقيق الإحياء حكمة القصاص، وبمجرد حصول حكمته لا يتم أمره، بل لا بد من حصول شرائطه أيضاً، ومن جملتها المماثلة؛ ألا يرى أنه لا يقتل المسلم ولا الذمي بالمستأمن، وكذا لا يقتل أحد ولا يولد ولده ولا بعبده ولا بمدبره ولا بمكاتبه إلى غير ذلك، مع أن حصول تحقيق الإحياء متصوّر في جميع ذلك، وإنما لا يجب القصاص في تلك الصور لانتفاء بعض شرائطه أو لتحقق بعض موانعه. وعند أن قال الشافعي فيما نحن فيه: إن الموجود من الواحد قتلات والذي تحقق في حقه قتل واحد فلم يوجد التماثل الذي هو مبنى القصاص، كيف يتم أن يقال في مقابلته قد حصل تحقيق الإحياء بقتله فاكتفى به، ولعل صاحب الكافي فهم ضعف هذا التعليل حيث ترك ذكره مع كون عادته أن يقتفي أثر صاحب الهداية قوله: **(لأن الأول عمد والثاني أحد نوعي الخطأ)** قال صاحب الغاية: وهو خطأ في القصد. أقول: هذا خبط ظاهر، إذ قد مرّ في الكتاب أن الخطأ على نوعين: خطأ في القصد وهو أن يرمي شخصاً يظنه صيداً فإذا هو آدمي أو يظنه حربياً فإذا هو مسلم، وخطأ في الفعل وهو أن يرمي غرضاً فيصيب آدمياً، ولا شك أن ما نحن فيه من قبيل الثاني دون الأول، ومن البين فيه قوله المصنف هنا كأنه رمى إلى صيد فأصاب آدمياً قوله: **(والفعل يتعدّد بتعدّد الأثر)** قال صاحب العناية: قيل فإن الرمي إذا أصاب حيواناً ومزّق جلده سمي جرحا، وإن قتله سمي قتلاً، وإن أصاب الكوز وكسره سمي كسراً فكذلك يجوز أن بالنسبة إلى محل عمدا وبالنسبة إلى آخر خطأ، وفيه نظر لأن ذلك تسمية الفعل الواحد بأسام مختلفة بالنسبة إلى المحالّ ولا نزاع فيه، وإنما الكلام في أن يتعدّد الفعل الواحد فيصير فعلين متضادين انتهى. أقول: نظره ساقط، إذ الظاهر أن ما ذكره ذلك القائل تسمية الفعل الواحد بحيثيات انضمام قيود مختلفة وأوصاف متضادة إليه بأسام مختلفة لا تسمية ذلك الفعل الواحد من حيث هو فعل واحد بتلك الأسامي المختلفة؛ ألا يرى أن الرمي من حيث أصاب الكوز لا يسمى جرحاً ولا قتلاً بل يسمى كسراً، وكذا من حيث أنه أصاب حيواناً

قطعت أيديهما اعتباراً بالأنفس، إما لكونها تابعة لها، وإما أن يجمع بينهما بجامع الزجر. ولنا أن كلاً منهما قاطع بعض اليد سواء كان المحل متحداً أو مختلفاً، لأنا نعلم أن ما انقطع بفعل أحدهما لم ينقطع بفعل الآخر، وقاطع بعض اليد لا يقطع كل يده قصاصاً لانتفاء المماثلة، وهذا لأن المحل متجزّ فإن قطع بعض وترك بعض متصوّر فلا يمكن أن يجعل كل واحد فاعلاً كملاً، بخلاف النفس فإن الانزهاق لا يتجزأ وقد مر، والباقي ظاهر. وقوله: **(وإن قطع واحد يميني رجلين)** قيد بذلك، لأنه لو قطع يمين أحدهما ويسار الآخر قطعت يداه. لا يقال: تنتفي المماثلة حينئذٍ، لأنه ما فوّت على كل واحد منهما جنس المنفعة وهو فوّتاه عليه، لأن المعتبر في حق كل واحد ما استوفاه، وليس في ذلك توفيت جنس المنفعة ولا زيادة على حقه. قوله: **(والقصاص ملك الفعل ثبت مع المنافي)** يعني لأن من عليه القصاص حر جواب عن قوله لأن اليد استحقها الأول، وتقريره أن القصاص ملك الفعل ثبت ضرورة الاستيفاء فلا يتعدى إلى شغل المحل الخالي تجزئته عنه، وإذا لم يكن المحل مشغولاً لم يمنع عن ثبوت الثاني، بخلاف الرهن لأن الحق في المحل لكونه مملوكاً. وقوله: **(ولتردد حق الآخر)** يعني أن حق الحاضر ثابت في اليد ومزاحمة الآخر له في الاستيفاء موهومة عسى أن يعفو أو لا يحضر فلا يؤخر المعلوم للموهوم كأحد الشفيعين إذا ادعى الشفعة والآخر غائب يقضي بالجمع له كذلك. وقوله: **(لأنه أوفى به حقاً مستحقاً)** يعني أنه إذا قضى

للحاضر أن يستوفي لثبوت حقه وتردد حق الغائب، وإذا استوفى لم يبق محل الاستيفاء فيتعين حق الآخر في الدية لأنه أوفى بالإبطال فصار كما إذا أقرّ بالمال. ولنا أنه غير متهم فيه لأنه مضرّ به فيقبل، ولأن العبد مبقى على أصل الحرية في حق الدم عملا بالآدمية حتى لا يصح إقرار المولى عليه بالحدّ والقصاص، وبطلان حق المولى بطريق الضمن فلا يبالي به **(ومن رمى رجلاً عمداً فنفذ السهم منه إلى آخر فماتا فعليه القصاص الأول والدية للثاني على عاقلته)** لأن الأول عمد والثاني أحد نوعي الخطأ، كأنه رمى إلى صيد فأصاب آدمياً والفعل يتعدّد بتعدّد الأثر.

ومزّق جلده أو قتله لا يسمى كسراً بل يسمى جرحاً أو قتلاً. وإذا تقرّر أن اختلاف تلك الأسامي باختلاف الأوصاف المنضمة إلى ذلك الفعل تقرر اختلاف مسميات تلك الأسامي أيضاً فكان مناسباً لما نحن فيه مفيداً له. ثم إن قوله وإنما الكلام في أن يتعدّد الفعل الواحد فيصير فعلين متضادين إن أراد به أن الكلام في أن يتعدد الفعل الواحد بحسب الذات بحيث يصير فعلين مختلفين في الحقيقة فلا نسلم أن الكلام فيه بل لا نسلم إمكان ذلك، وإن أراد به أن الكلام في أن يتعدد الفعل الواحد بتعدد الأوصاف المتضادة المنضمة إليه فهو مسلم، لكن هذا التعدد يحصل قطعاً بتعدد الأسامي تعدداً ناشئاً من تعدد المسميات بالحيثيات المختلفة كما هو الواقع، ومراد ذلك القائل كما عرفت آنفاً. ثم قال صاحب العناية: ولقائل أن يقول: الخطأ يستلزم إباحة لكونه سبباً للكفارة، وهو لا يكون إلا أمراً دائراً بين الحظر والإباحة ولم يوجد هنا. والجواب أن الخطأ هو تحقق الجناية في إنسان مخالف لظن الجاني كمن رمى إلى شيء يظنه صيداً فإذن هو إنسان، أو لقصده مطلقاً كمن رمى إلى هدف فأصابه إنساناً وكالذي نحن فيه، والرمي بالنسبة إلى المخالف لهما كالرمي لا إلى معين وذلك مباح لا محالة انتهى. أقول: في تحرير جوابه نوع خلل، فإن تمثيل قوله أو لقصده مطلقاً بقوله كمن رمى إلى هدف فأصاب إنساناً، وكالذي نحن فيه يشعر بأن تكون الإصابة لإنسان عند الرمي إلى هدف وكذا ما نحن فيه من قبيل الخطأ في القصد، وليس كذلك قطعاً إذ كل منهما من قبيل الخطإ في الفعل كما بينا من قبل.

بجميع طرفه حقاً مستحقاً عليه فيقضي للآخر بالأرش. وقوله: **(وإذا أقرّ العبد بقتل العمد لزمه القود)** وإنما قيد بالعمد لأنه لو أقر بالخطإ لا يجوز سواء كان مأذوناً أو محجوراً، أما المحجور فظاهر، وأما المأذون فلأنه ليس من التجارة. وقوله: **(حتى لا يصح إقرار المولى عليه بالحد والقصاص)** توضيح لبقائه على الحرية، وكل ما لا يصح إقرار المولى على العبد فيه فهو فيه بمنزلة الحرّ، ولهذا وقع طلاق زوجته بالإقرار لوقوعه بالإيقاع، وإذا أقر بسبب يوجب الحدّ يؤخذ به. وقوله: **(والفعل يتعدّد بتعدد الأثر)** قيل: فإن الرمي إذا أصاب حيواناً ومزّق جلده سمي جرحاً، وإن قتله سمي قتلاً، وإن أصاب الكوز وكسره سمي كسراً، فكذلك يجوز أن يكون بالنسبة إلى محل عمداً وبالنسبة إلى آخر خطأ، وفيه نظر لأن ذلك تسمية الفعل الواحد بأسام مختلفة بالنسبة إلى المحال ولا نزاع فيه، وإنما الكلام في أن يتعدد الفعل الواحد فيصير فعلين متضادين، والأولى أن يقال: معناها أن الفعل يوصف بوصفين متضادين بالنسبة إلى أمرين، كالحركة مثلاً فإنه يجوز أن توصف بالسرعة بالنسبة إلى حركة وبالبطء بالنسبة إلى أخرى، فكذا هذا الفعل يوصف بالعمد نظراً إلى قصده بالنسبة إلى الشخص الأول وبالخطأ نظراً إلى عدمه بالنسبة إلى الثاني. ولقائل أن يقول: الخطأ يستلزم إباحة لكونه سبباً للكفارة، وهو لا يكون إلا أمراً دائراً بين الحظر والإباحة ولم يوجد. والجواب أن الخطأ هو تحقق الجناية في إنسان مخالف لظن الجاني، كمن رمى إلى شيء يظنه صيداً فإذا هو إنسان، أو لقصده مطلقاً كمن رمى إلى هدف فأصاب إنساناً، وكالذي نحن فيه، والرمي بالنسبة إلى المخالف لهما كالرمي لا إلى معين وذلك مباح لا محالة، وإنما قلنا مطلقاً ليخرج من قصد قطع يد رجل بسيف فأصاب عنقه ومات فإنه عمد لأنه ليس بمخالف للمقصود من كل وجه، فإن قطع اليد قد يكون قتلاً بالسراية، بخلاف ما إذا قصد ذلك فأصاب رقبة غيره فحزّها أو رمى إلى شخص فأصاب غيره فمات فإن ذلك خطأ، لأن قطع يد رجل أو قتله لا يكون قتلاً لغيره فكان مخالفاً من كل وجه.

قوله: **(كالحركة مثلاً، فإنه يجوز أن توصف بالسرعة الخ)** أقول: السرعة والبطء من الأعراض النسبية، ولا كذلك العمد والخطأ قوله: **(وهو لا يكون إلا أمراً دائراً الخ)** أقول: قوله هو راجع إلى قوله سبباً قوله: **(أو لقصده مطلقاً، إلى قوله: والرمي بالنسبة إلى المخالف لهما)** أقول: قوله أو لقصده معطوف على قوله لظن الجاني، وقوله لهما ناظر إلى الظن والقصد في قوله لظن الجاني، وفي قوله أو لقصده مطلقاً.

فصل

.قال: **(ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمداً قبل أن تبرأ يده أو قطع يده عمداً ثم قتله خطأ أو قطع يده خطأ فبرأت يده ثم قتله خطأ أو قطع يده عمداً فبرأت ثم قتله عمدا فإنه يؤخذ بالأمرين جميعاً)** والأصل فيه أن الجمع بين الجراحات واجب ما أمكن تتميماً للأول، لأن القتل في الأعم يقع بضربات متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة بنفسها

فصل في حكم الفعلين

لما ذكر حكم الفعل الواحد ذكر في هذا الفصل حكم الفعلين لأن الاثنين بعد الواحد، كذا في الشروح قوله: **(ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمداً قبل أن تبرأ يده الخ)** أقول: لقائل أن يقول: إذا اختلف حكم الفعلين بأن يكون أحدهما عمداً والآخر خطأ يعطى كل واحد حكم نفسه سواء تخلل بينهما البرء أو لم يتخلل كما سينكشف في الأصل الآتي ذكره، فيكون قوله قبل أن تبرأ يده في وضع هذه المسألة مستدركاً لتمام جوابها، وهو أن يؤخذ بالأمرين جميعاً بدون ذكر ذلك القيد، بل يوهم ذكره أن لا يكون الجواب كذلك فيما بعد أن تبرأ يده بناء على أن تخصيص الشيء بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه كما صرحوا به، وعن هذا قال في وضع المسألة الثانية أو قطع يده عمداً ثم قتله خطأ بدون ذكر ذلك القيد. ثم أقول: يمكن أن يقال: فائدة ذكر ذلك القيد في المسألة الأولى التنبيه من أول الأمر على أن تخلل البرء فيما إذا تخلل ذلك أولى، وبهذا يندفع إيهام أن لا يكون الجواب فيما إذا تخلل البرء ليس بمؤثر فيما إذا اختلف الفعلان فإنه إذا أعطى كل واحد منهما حكم نفسه فيما إذا لم يتخلل البرء كالجواب فيما إذا لم يتخلل، فإن تخصيص الشيء بالذكر إنما يدل على الروايات على نفي الحكم عما عداه أن لو لم يكن ما عداه أولى بثبوت الحكم المذكور له. وأما إذا كان أولى بذلك فيدل على اشتراك ما عداه معه في الحكم المذكور بالأولوية بطريق دلالة النص بلا ريب وما نحن فيه من هذا القبيل. ثم إنه لما حصل التنبيه على ذلك في المسألة الأولى حصل الاستغناء عنه في المسألة الثانية لاشتراكهما في اختلاف الفعلين ولهذا لم يذكر ذلك القيد فيها. ثم لما جاء إلى المسألة الثالثة والرابعة قيدهما بتخلل البرء لتجانس الفعلين عمداً وخطأ فيهما فلا بد في الأخذ بالأمرين جميعاً من تخلل البرء في البين قوله: **(فصار كتخلل البرء)** قال بعض الفضلاء: منقوض بما إذا كان كلاهما خطأ. أقول: كيف يكون منقوضاً بذلك وقد تداركه المصنف صراحة فيما بعد حيث قال: وبخلاف ما إذا كانا خطأين، وعلله بتعليلين بإزاء تعليلي أبي حنيفة ما إذا كانا عمدين. وتعليله الثاني وهو قوله ولأن أرش اليد إنما يجب عند استحكام أثر الفعل الخ دافع قطعاً لتوهم انتقاض قوله فصار كتخلل البرء بما إذا كانا خطأين تأمل تفهم. وقال صاحب معراج الدراية: فإن قيل: لو كان بمنزلة تخلل البرء ينبغي أن لا يكون للإمام خيار كما لو تخلل البرء. قلنا: المسألة مجتهد فيها، فالقاضي يقضي على ما وافق رأيه انتهى. أقول: في الجواب نظر، فإن قول المصنف

فصل

ذكر حكم الفعلين عقيب فعل واحد في فصل على حدة رعاية للتناسب **(ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمداً)** القطع والقتل إذا حصلا في شخص واحد كانا على وجوه: أن يكون خطأين أو عمدين، أو يكون القتل خطأ والقطع عمداً أو بالعكس، فذلك بالقسمة العقلية أربعة. مع إن كل واحد منهما إما أن يكون قبل البرء أو بعده فذلك ثمانية أوجه، وكل ذلك إما أن يتحقق من شخص واحد أو شخصين فذلك ستة عشر وجهاً، فإن كانا من شخصين يفعل بكل واحد منهما موجب فعله من القصاص وأخذ الأرش مطلقاً، لأن التداخل إنما يكون عند اتحاد المحل لا غير، وإن كانا من شخص واحد فإيجاب موجب الفعلين أو إهدار أحدهما مبني على أصل ذكره المصنف رحمه الله بقوله: **(والأصل فيه أن الجمع)** يعني الاكتفاء

فصل ومن قطع

قوله: **(ثم إن كل واحد منهما)** أقول: أي من الفعلين.

بعض الحرج، إلا أن لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه، وقد تعذر الجمع في هذه الفصول في الأولين لاختلاف حكم الفعلين، وفي الأخرين لتخلل البرء وهو قاطع للسراية، حتى لو لم يتخلل وقد تجانسا بأن كانا خطأين يجمع بالإجماع لإمكان الجمع واكتفى بدية واحدة **(وإن كان قطع يده عمداً ثم قتله عمداً قبل أن تبرأ يده، فإن شاء الإمام قال اقطعوه ثم اقتلوه، وإن شاء قال اقتلوه)** وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: يقتل ولا تقطع يده لأن الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما. وله أن الجمع متعذر، إما للاختلاف بين الفعلين هذين لأن الموجب القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بأن يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر، أو لأن الحزّ يقطع إضافة السراية إلى القطع، حتى لو صدر من شخصين يجب القود على الحازّ فصار كتخلل البرء، بخلاف ما إذا قطع وسرى لأن الفعل واحد، وبخلاف ما إذا كانا خطأين لأن الموجب الدية وهي بدل النفس من غير

بعد بيان خيار الإمام وهذا عند أبي حنيفة يأبى هذا الجواب جداً فإن قضاء القاضي في المسألة المجتهد فيها على ما وافق رأيه ليس بقول أبي حنيفة فقط بل صاحباه أيضاً يقولان به كما لا يخفى على العارف بمسائل الفقه. ثم إن هذا كله على تقدير أن يكون الخيار للإمام عند أبي حنيفة، وأما إذا كان الخيار للوليّ عنده كما ذكره شمس الأئمة السرخسي ونقل عنه الشراح قاطبة حتى قال صاحب العناية بعد نقل ذلك عنه: فعلى هذا لا يكون قوله فإن شاء الإمام معناه يبين لهم أن لهم الخيار فلا تمشية رأساً للسؤال على الوجه المذكور. نعم يرد أن يقال: فما معنى قول أبي حنيفة في هذه المسألة بأن للوليّ الخيار مع الجزم في المسائل السابقة بأن يؤخذ بالأمرين جميعاً، وعلة تعذر الجمع متحققة في الكل عنده بلا تفاوت كما تبين في الكتاب قوله: **(ولأن اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فكان العفو عنه عفواً عن نوعيه)** أقول: أسلوب التحرير يقتضي أن يكون ما سبق دليلاً تاماً لهما وهذا أيضاً دليلاً آخر مستقلاً لهما، لكن لا يخفى على الفطن أن ما سبق لا يتم دليلاً لهما بدون انضمام هذا إليه. لأنه إذا لم يتقرّر أن اسم القطع يتناول الساري والمقتصر لا يتقرر كون القتل أحد موجبي القطع، فإنه إذا لم يتناول اسم القطع الساري أيضاً لا يتصوّر كون القتل أحد موجبي القطع، إذ لا يحتمل أن يكون القطع المقتصر موجباً للقتل أيضاً تدبر قوله: **(وكان ينبغي أن يجب القصاص وهو القياس)** قلت: وكان ينبغي أن يقول: وكان الظاهر أن يجب القصاص بدل قوله وكان ينبغي أن يجب القصاص، لأن الذي ينبغي هو موجب الاستحسان دون وجوب القياس، إلا أن موجب القياس هو الظاهر في بادىء الرأي قوله: **(ولو كان القطع خطأ فقد أجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقاً وخلافاً)** قال جمهور الشراح في بيان هذه الوجوه: وهي الأربعة التي هي العفو عن القطع مطلقاً، والعفو عن القطع وما يحدث

بموجب أحدهما واجب ما أمكن تتميماً للأول، لأن القتل في الأعم: يعني في غالب الأوقات يقع بضربات متعاقبة، وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج فيجعل الثاني متمماً للأول ويجعل الكل واحداً، إلا أن لا يمكن الجمع إما باختلاف الفعلين وصفاً أو موجباً أو بتخلل البرء، فحينئذٍ يعطى كل واحد حكم نفسه، فإن تخلل البرء فلا جمع أصلاً لأن الفعل الأول قد انتهى فيكون القتل بعده ابتداء، فلا بد من اعتبار كل واحد منهما، وإن لم يتخلل وقد اختلفا جنساً فكذلك كما في الصورتين الأوليين، وإن تجانسا خطأ جمع بالإجماع لكان الجمع بانتفاء المانع وهو تخلل البرء والاختلاف واكتفى بدية واحدة، وإن تجانسا عمداً فقد اختلف فيه قال أبو حنيفة رحمه الله الوليّ بالخيار بين أن يقطع ثم يقتل وبين أن يقتل وقالا يقتل ولا يقطع. وقوله: **(فإن شاء الإمام قال اقطعوه)** قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: يشير إلى أن الخيار للإمام عند أبي حنيفة رحمه الله، وليس كذلك بل الخيار للولي، فعلى هذا يكون قوله فإن شاء الإمام معناه يبين لهم أن لهم الخيار، قالا:

قوله: **(لأن التداخل إنما يكون الخ)** أقول: فيه بحث لكن جوابه ظاهر، فإن المراد بالمحل هو مصطلح المتكلمين وهو القاتل هنا فإنه الذي يقوم به القتل قوله: **(وصفاً أو موجباً)** أقول؛ كما في الخلافية، فإن موجب القطع العمد القطع، والقتل العمد القتل لأن القصاص ينبىء عن المماثلة بخلاف الدية، وهذا عند أبي حنيفة قال المصنف: **(فإن شاء الإمام قال اقطعوه ثم اقتلوه)** أقول: قال الكاكي:

اعتبار المساواة، ولأن أرش اليد إنما يجب عند استحكام أثر الفعل وذلك بالحزّ القاطع للسراية فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة ولا يجتمعان، أما القطع والقتل قصاصاً يجتمعان، قال: **(ومن ضرب رجلاً مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من عشرة ففيه دية واحدة)** لأنه لما برأ منها لا تبقى معتبرة في حق الأرش وإن بقيت معتبرة في حق التعزيز فبقي الاعتبار للعشرة، وكذلك كل جراحة اندملت ولم يبق لها أثر على أصل أبي حنيفة،

منه، والعفو عن الشجة، والعفو عن الجناية انتهى. أقول: ليس هذا بسديد، لأن معنى كلام المصنف ها هنا أن محمداً رحمه الله أجرى القطع خطأ مجرى العمد في هذه الوجوه المذكورة في المسألة المارة التي هي من مسائل الجامع الصغير، والعفو عن الشجة لم يكن مذكوراً في كلام محمد في الجامع الصغير قط، وإنما ذكره فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير حيث قال: وكذلك الاختلاف في الضرب والشجة والجراحة في اليد وما أشبه ذلك، وكذا ذكره المصنف في الهداية دون البداية حيث قال: وعلى هذا الاختلاف إذا عفا عن الشجة ثم سرى إلى النفس ومات، والمصنف هنا بصدد بيان ما يتناوله كلام محمد في المسألة المارة التي هي مسألة الجامع الصغير فكيف يتصوّر درج العفو عن الشجة في مضمون ذلك كما فعله جمهور الشراح حيث فسروا هذه الوجوه في قوله فقد أجراه مجرى العمد في هذه الوجوه بما يشمل العفو عن الشجة أيضاً، فالوجه أن مراد المصنف بهذه الوجوه هي الوجوه الثلاثة، وهي العفو عن القطع مطلقاً، والعفو عن القطع وما يحدث منه، والعفو عن الجناية، لأن هذه الثلاثة هي المذكورة في مسألة الجامع الصغير، وأما العفو في الشجة فقد ذكره المصنف فيما مر استطراداً وبين أن حكمه كحكم ما ذكر في مسألة الجامع الصغير أخذاً مما ذكر فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير قوله: **(آذن بذلك إطلاقه)** أي أعلم بذلك إطلاق لفظ الجامع الصغير وهو قوله ومن قطع يد رجل فعفا المقطوعة يده عن القطع حيث لم يتعرض للعمد ولا للخطأ فكان متناولاً لهما، كذا في عامة الشروح. قال صاحب الغاية بعد أن شرح المقام كذلك: هذا تقرير ما اقتضاه كلام صاحب الهداية وذلك ممنوع عندنا لأن محمداً قيده بالعمد في أصل الجامع

الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما، وقال: بل الجمع متعذر إما للاختلاف بين الفعلين لأن الموجب القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بأن يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر لخلوّ القطع إذ ذاك عن الجزاء، وإما لأن الحزّ يقطع إضافة للسراية إلى القطع حتى لو صدرا من شخصين وجب القود على الحاز، وإذا انقطع إضافة السّراية إليه صار كتخلل البرء ولا جمع فيه بالاتفاق، بخلاف ما إذا قطع وسرى لأن الفعل واحد، وبخلاف ما إذا كانا خطأين لأن الموجب هو الدية وهو بدل النفس من غير اعتبار المساواة. وقوله: **(ولأن أرش اليد)** دليل آخر على جواز الجمع إذا كانا خطأين. وتقريره: أرش اليد إنما يجب عند استحكام أثر الفعل: يعني القطع بانقطاع توهم السراية، وذلك إنما يكون بالحزّ القاطع للسراية، فأرش اليد إنما يجب بالحزّ القاطع للسراية، وبه يجب ضمان الكل فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة وهي حالة الحزّ، وفي ذلك تكرار دية اليد لأن ضمان الكل يشملها والتكرار فيه غير مشروع فلا يجتمعان. فإن قيل: قصاص اليد إنما يجب عند استحكام أثر الفعل وذلك بالحزّ القاطع للسراية فيجتمع قصاص الكل والجزء في حالة واحدة فلا يجتمعان. قلنا: بل يجتمعان لأن مبنى القصاص المساواة، وهي إنما تتحقق باجتماعهما، وهذا في غاية التحقيق لأن العمد مبناه على التغليظ والتشديد ولهذا تقتل العشرة بالواحد، وفي مراعاة صورة الفعل معنى التغليظ فيجوز اعتباره فيه، وأما الخطأ فمبناه على التخفيف؛ ألا ترى أن الدية لا تتعدد بتعدد القاتلين، فاعتبار التغليظ فيه لا يكون مناسباً. قال: (ومن

وقيل معنى ما قال في المتن أن هذا من الإمام اجتهاد في محله. فعليه أن يتبعه فيما يقطع الإمام خياره عليه انتهى قوله: **(في محله)** أي محل الاجتهاد؛ ألا يرى إلى خلاف الإمامين قال المصنف: **(فصار كتخلل البرء)** أقول: منقوض بما إذا كان كلاهما خطأ قوله: **(فإن قيل، إلى قوله: فيجتمع قصاص الكل والجزء في حالة واحدة فلا يجتمعان)** أقول: معارض بما إذا قتل واحد جماعة عمداً حيث يجب قتل واحد، وإن قتلهم خطأ تجب ديات.

وعن أبي يوسف في مثله حكومة عدل. وعن محمد أنه تجب أجرة الطبيب **(وإن ضرب رجلا مائة سوط وجرحته وبقي له أثر تجب حكومة العدل)** لبقاء الأثر والأرش إنما يجب باعتبار الأثر في النفس. قال: **(ومن قطع يد رجل فعفا المقطوعة يده عن القطع ثم مات من ذلك فعلى القاطع الدية في ماله، وإن عفا عن القطع وما يحدث منه ثم مات من ذلك فهو عفو عن النفس، ثم إن كان خطأً فهو من الثلث، وإن كان عمداً فهو من جميع المال)** وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: إذا عفا عن القطع فهو عفو عن النفس أيضا، وعلى هذا الخلاف إذا عفا عن الشجة ثم سرى إلى النفس ومات: لهما أن العفو عن القطع عفو عن موجبه، وموجبه القطع لو اقتصر أو القتل إذا سرى، فكان العفو عنه عفواً عن أحد موجبيه أيهما كان، ولأن اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فيكون العفو عن قطع عفواً عن نوعيه وصار كما إذا عفا عن الجناية فإنه يتناول الجناية السارية والمقتصرة، كذا هذا، وله أن سبب الضمان قد تحقق وهو قتل نفس معصومة متقوّمة والعفو لم يتناوله بصريحه لأنه عفا عن القطع وهو غير القتل، وبالسراية تبين لأن الواقع قتل وحقه فيه ونحن نوجب ضمانه، وكان ينبغي أن يجب القصاص وهو القياس لأنه هو الموجب للعمد، إلا

الصغير كما ذكرنا روايته، وكذلك قيد الفقيه أبو الليث وفخر الإسلام والصدر الشهيد وغيرهم في شروح الجامع الصغير بالعمد فلا يصح حينئذٍ دعوى الإطلاق اهـ. وأما ما عدا صاحب الغاية من الشراح فسألوا ها هنا وأجابوا حيث قالوا: فإن قيل: لا نسلم أن لفظه مطلق بل هو مقيد بالقطع بدليل جواب المسألة وهو قوله فعلى القاطع الدية في ماله فإنه يبين أن مراده العمد، لأن الدية في الخطأ على العاقلة: قلنا: وضع المسألة مطلق بلا شك إذ القيد غير ملفوظ، لكن الجواب إنما هو لأحد نوعي القطع فتقديره فعلى القاطع الدية في ماله إن كان القطع عمداً، انتهى كلامهم. أقول: لا يذهب عليك أن جوابهم هذا لا يسمن ولا يغني من جوع، إذ لا شك أن مقصود المصنف هنا بيان إجراء محمد القطع خطأً مجرى العمد في أحكام هذه الوجوه وفاقاً وخلافاً، ولا ريب أن حكم المسألة إنما يؤخذ من جوابها، وإذا كان الجواب في لفظ الجامع الصغير مخصوصاً بصورة العمد فكيف يؤذن مجرد اطلاق

ضرب رجلا مائة سوط فبرأ الخ) ومن ضرب رجلاً تسعين سوطاً في مكان وعشرة في مكان فبرىء من تسعين وسرى موضع العشرة ومات منه ففيه دية واحدة لما ذكر في الكتاب. وقوله: **(وكذا كل جراحة اندملت)** يعني مثل أن كانت شجة فالتحمت ونبت الشعر فإنها لا تبقى معتبرة لا في حق الأرش ولا في حق حكومة عدل، وإنما تبقى في حق التعزير على أصل أبي حنيفة رحمه الله. وعن أبي يوسف رحمه الله في مثله حكومة عدل، وسيأتي تفسيرها في آخر فصل الشجاج. وعن محمد رحمه الله أنه يجب أجر الطبيب **(وإن ضربه مائة سوط وجرحته وبقي له أثر يجب له حكومة عدل)** دون الأرش لأن حكومة عدل إنما تكون لبقاء الأثر وهو موجود، والأرش إنما يجب باعتبار الأثر في النفس بأن لم يبرأ وليس بموجود، وهذا يشير إلى أنه إن لم يجرح في الابتداء لا يجب شيء بالاتفاق، وإن جرح واندمل ولم يبق لها أثر فكذلك كما هو أصل أبي حنيفة رحمه الله لأنه لم يكن إلا مجرد الألم وهو لا يوجب شيئاً كما لو ضربه ضرباً مؤلماً، ومثل هذه المسألة مع هذا الاختلاف، ودليلها يأتي قبل فصل الجنين قوله: **(ومن قطع يد رجل الخ)** اعلم أن العفو عن القطع والشجة والجراحة ليس بعفو عما يحدث منه عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لهما، فإذا وقع شيء من ذلك وعفا المجني عليه عنه ثم سرى ومات فعلى الجاني الدية في ماله عنده، وقالا: لا شيء عليه لأن العفو عن القطع عفو عن موجبه، لأن الفعل عرض لا يبقى فلا يتصوّر العفو عنه فيكون

قال المصنف: **(والأرش إنما يجب باعتبار الأثر في النفس)** أقول: قال في المضمرات: كأن قائلاً يقول: لما وجب أرش النفس ينبغي أن لا تجب حكومة العدل. فأجاب عنه بقوله والأرش الخ انتهى. وشرح كلام المصنف بهذا الوجه أولى لصدور الفعلين من القاتل، وعلى ما ذكره الأكمل يكون ذكر هذه المسألة هنا استطراداً. قال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير: قال الفقيه أبو الليث: ما قال في الكتاب إنه يجب فيه دية واحدة فيما إذا برأ ولم يبق له أثر، أما إذا بقي له أثر ينبغي أن يجب أرش الضرب، وهو حكومة عدل بالأسواط ودية واحد بالقتل انتهى قال المصنف: **(وأن السراية صفة له)** أقول: أي صفة منوعة، فلا يرد عليه شيء قوله: **(إنما الثابت موجب القتل وهو الدية)** أقول: الأظهر أن يقول: وهو القصاص.

أن في الاستحسان تجب الدية، لأن صورة العفو أورثت شبهة وهي دارئة للقود. ولا نسلم أن الساري نوع من القطع، وأن السراية صفة له، بل الساري قتل من الابتداء، وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعاً فلا يتناوله العفو بخلاف العفو عن الجناية لأنه اسم جنس، وبخلاف العفو عن الشجة وما يحدث منها لأنه صريح في العفو عن السراية والقتل، ولو كان القطع خطأ فقد أجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقاً وخلافاً، آذن بذلك إطلاقه، إلا

وضع المسألة باشتراك نوعي القطع في الحكم، إذ لو آذن ذلك باشتراكهما في الحكم لآذن باشتراكهما في الحكم المستفاد من الجواب، وقوله فيما له مانع عن ذلك لا محالة فلا مؤذن للاشتراك قط فلم يتم قول المصنف آذن بذلك آطلاقه فتأمل قوله: **(لأن موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لما أنه ليس بمال)** قال في العناية: فيه بحث، وهو أن القصاص موروث بالاتفاق فكيف لم يتعلق به حق الورثة. ثم قال: والجواب عنه أن المصنف نفى تعلق حق الورثة به لا كونه موروثاً، ولا تنافي بينهما لأن حق الورثة إنما يثبت بطريق الخلافة، وحكم الخلف لا يثبت مع وجود الأصل، والقياس في المال أيضاً ألا يثبت فيه تعلق حقهم إلا بعد موت المورث، لكن ثبت ذلك شرعاً بقوله عليه الصلاة والسلام «لأن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس» وتركهم أغنياء إنما يتحقق بتعلق حقهم بما يتحقق به الغنى وهو المال، فلو لم يتعلق به لتصرفه فيه فيتركهم عالة يتكففون الناس، والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به لكنه موروث انتهى. أقول: في تقرير البحث المذكور خلل فاحش، وفي تحرير الجواب المزبور التزام ذلك. أما الأول فلأنه سيجيء في أول باب الشهادة في القتل أن القصاص يثبت لورثة القتيل ابتداء لا بطريق الوراثة من المقتول عند أبي حنيفة رحمه الله، وأما عندهما فيثبت للقتيل ابتداء، ثم ينتقل بموته إلى ورثته بطريق الوراثة منه كالدين والدية، فقوله رحمه الله إن القصاص موروث بالاتفاق كذب صريح، وقد مرّ نظير هذا من صاحب العناية في الفصل السابق وبينت بطلانه هناك أيضاً فتذكر. وأما الثاني فلأنه لم يقع التعرض فيه لكون القصاص غير موروث في المقتول عند إمامنا الأعظم رحمه الله، بل سيق الكلام فيه على وجه يشعر بكونه موروثاً بالاتفاق، ألا يرى إلى قوله في خاتمته والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به لكنه موروث قوله: **(أما الخطأ فموجبه المال وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث)** قال جمهور الشراح: فإن قيل: القاتل واحد من العاقلة فكيف جوّز الوصية بجميع الثلث ها هنا حتى صح في نصيب القاتل أيضاً مع أن الوصية لا تصح للقاتل؟ قلنا: إنما جوّز ذلك لأن المجروح لم يقل أوصيت لك بثلث الدية. وإنما عفا عنه المال بعد سبب الوجوب فكان تبرعاً مبتدأ وذلك جائز للقاتل، ألا ترى أنه لو وهب له شيئاً وسلم جاز انتهى كلامهم. وأورد بعض الفضلاء على قولهم ألا يرى أنه لو وهب له شيئا وسلم جاز بأن قال فيه بحث، لأن الهبة في المرض في حكم الوصية على ما سيجيء في كتاب

العفو عنه عفواً عن موجبه وموجبه إما القطع أو القتل إذا اقتصر أو سرى فكان العفو عفواً عنهما، ولأن اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فإن الإذن بالقطع إذن به وبما حدث منه. حتى إذا قال شخص آخر اقطع يدي فقطعه ثم سرى إلى النفس لم يضمن والعفو إذن انتهاء فيعتبر بالإذن ابتداء، فصار كما إذا عفا عن الجناية فإنه يتناول السارية والمقتصرة، فكذا هذا. ولأبي حنيفة رحمه الله أن سبب الضمان وهو قتل النفس المعصومة المتقوّمة قد تحقق، والمانع منتف لأن العفو لم يتناوله بصريحه لأنه عفا عن القطع وهو غير القتل لا محالة، وبالسراية تبين أن الواقع قتل وحقه فيه فما هو حقه لم يعف عنه وما عفا عنه فليس بحقه فلا يكون معتبراً؛ ألا ترى أن الولي لو قال بعد السراية عفوتك عن اليد لم يكن عفواً، ولو قال المجني عليه عفوتك عن القتل واقتصر القطع لم يكن عفواً، فكذا إذا عفا عن اليد ثم سرى، وإذا لم يكن العفو معتبراً وجب الضمان، والقياس يقتضي القصاص لأنه هو الموجب للعمد، إلا أن تركناه لأن صورة العفو أورثت شبهة وهي دارئة للقود فتجب الدية. وقوله: **(ولا نسلم أن الساري نوع من القطع)** جواب عن قولهما فيكون العفو عفواً عن نوعيه، وفيه نظر، فإنه منع كون السراية صفة له، ويقال سرى القطع وقطع سار فيكف يصح ذلك. والجواب أن المراد صفة منوعة وهي ليست

أنه كان خطأ فهو من الثلث، وإن كان عمداً فهو من جميع المال، لأن موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لما أنه ليس بمال فصار كما إذا أوصى بإعارة أرضه. أما الخطأ فموجبه المال، وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث. قال: **(وإذا قطعت المرأة يد رجل فتزوّجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها، وعلى عاقلتها الدية إن كان خطأ، وإن كان عمداً ففي مالها)** وهذا عند أبي حنيفة، لأن العفو عن اليد إذا لم يكن عفواً عما يحدث منه عنده فالتزوّج على اليد لا يكون تزوّجا على ما حدث منه، ثم القطع إذا كان عمداً يكون هذا تزوّجاً على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهراً. لا سيما على تقدير السقوط فيجب مهر المثل، وعليها الدية في مالها لأن

الوصية انتهى. أقول: إن أراد أن الهبة في المرض في حكم الوصية من كل الوجوه فهو ممنوع؛ ألا ترى أن الهبة عقد منجز والوصية في المرض عقد معلق بالموت كما صرحوا به. وإن أراد أنها في حكم الوصية في بعض الوجوه ككونها معتبرة من الثلث ونحو ذلك فهو مسلم. لكن لا يلزم منه أن لا تصح هبة المجروح للقاتل كعدم صحة وصيته له فلا يجدي قدحاً فيما ذكره الشراح في تنوير جوابهم قوله: **(ثم القطع إن كان عمداً يكون هذا تزوّجاً على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهراً)** قال جماعة من الشراح: فإن قيل: القصاص لا يجري بين الرجل والمرأة في الأطراف فكيف يكون هذا تزوّجاً على القصاص. قلنا: الموجب الأصلي في العمد القصاص قضية إطلاق قوله تعالى ﴿والجروح قصاص﴾ المائدة (٤٥) إلا أنه تعذر الاستيفاء لقيام المانع وهو التفاوت بين طرفي الرجل والمرأة انتهى. أقول: في الجواب نظر، لأن إطلاقه قوله تعالى ﴿والجروح قصاص﴾ المائدة (٤٥) لمثل ما نحن فيه ممنوع، فإن القصاص ينبيء عن المماثلة، وما لا يمكن فيه المماثلة لا يتصوّر فيه القصاص، وعن هذا إذا قطع رجل يد رجل عمداً من غير المفصل لا يجب القصاص لعدم إمكان اعتبار المماثلة، وقد حقق المصنف هذا المعنى في أول باب القصاص فيما دون النفس بصدد الاستدلال بقوله تعالى: ﴿والجروح قصاص﴾ على وجوب القصص في قطع يد غيره عمداً من المفصل، وقد تقرر فيما مر أنه لا مماثلة بين الرجل والمرأة في الأطراف فلا يندرج في قوله تعالى ﴿والجروح قصاص﴾ المائدة (٤٥) ولئن سلم ذلك لزم أن ينتقض الجواب المذكور بما إذا

كذلك، بل هي مخرجة عن حقيقتها كما يقال عصير مسكر. وقوله: **(بل الساري قتل من الابتداء)** إضراب عن قوله نوع من القطع، وذلك لأن القتل فعل مزهق للروح ولما انزهق الروح به عرفنا أنه كان قتلاً. وقوله: **(وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعاً)** جواب عن قوله أو القتل إذا سرى، يريد أن القتل ليس بموجب للقطع من حيث كونه قطعاً، لأنه إذا سرى ومات تبين أن هذا القطع لم يكن له موجب أصلاً، إنما الثابت موجب القتل وهو الدية فكان العفو المضاف إلى القطع مضافاً إلى غير محله فلا يصح، وإذا لم يصح لعفو عن القطع لا يكون عفواً عن القتل، وهو معنى قوله فلا يتناوله العفو. وقوله: **(بخلاف العفو عن الجناية)** ظاهر. وقوله: **(في هذه الوجوه)** وهي العفو عن القطع مطلقاً والعفو عن القطع وما يحدث منه والعفو عن الشجة والعفو عن الجناية **(وفاقاً)** وهو في موضعين: أحدهما أن العفو عن القطع وما يحدث منه عفو عن الدية بالاتفاق فيما إذا كان القطع خطأ، والثاني العفو عن الجناية فإنه عفو عن الدية أيضاً **(وخلافاً)** وهو أيضاً في موضعين: أحدهما أن العفو عن القطع مطلقاً عفو عن الدية عندهما إذا كان خطأ، وعند أبي حنيفة رحمه الله يكون عفواً عن أرش اليد لا غير. والثاني أن العفو عن الشجة عفو عن الدية إذا سرت عندهما، وعنده عن أرش الشجة لا غير **(آذن)** أي أعلم **(بذلك إطلاقه)** أي إطلاق لفظ الجامع الصغير وهو قوله ومن قطع يد رجل فعفا المقطوعة يده عن القطع غير متعرض للعمد والخطأ، ومنع الإطلاق بأن قوله فعلى القاطع الدية في ماله يدل على أنه في العمد لأن الدية في الخطإ على العاقلة. وأجيب بأن الوضع مطلق لا محالة، والجواب إنما هو لأحد نوعيه، وتقريره فعلى القاتل الدية في ماله إن كان القطع عمداً. وقوله: **(كما لو**

قوله: **(ألا يرى أنه لو وهب له شيئاً وسلم جاز)** أقول: وفيه بحث، لأن الهبة في المرض في حكم الوصية على ما سيجيء في كتاب الوصية قوله: **(لأنه لا يجري في الأطراف بين الرجل والمرأة)** أقول: مخالف لقول المصنف وقوله بعد أسطر: يكون هذا تزوجاً على القصاص في الطرف تأمل قوله: **(وإن كان الثاني فلها ذلك)** أقول يعني فلها مهر المثل.

التزوّج وإن كان يتضمن العفو على ما نبين إن شاء الله تعالى لكن عن القصاص في الطرف في هذه الصورة، وإذا سرى تبين أنه قتل النفس ولم يتناوله العفو فتجب الدية وتجب في مالها لأنه عمد. والقياس أن يجب القصاص على

قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده فاقتصر القطع فإنه تصح التسمية فيه، ويصير أرش اليد وهو خمسة الآف درهم مهراً لهما بالإجماع، صرح به الشراح قاطبة في أول هذه المسألة، وعزاه جماعة منهم إلى الإمام قاضيخان والإمام المحبوبي، وقالوا: أشار إليها المصنف بقوله ثم مات، ولو كان الموجب الأصلي هو القصاص في العمد الواقع بين أطراف الرجل والمرأة أيضاً لزم أن يكون التزوّج في صورة الاقتصار أيضاً تزوجاً على القصاص، فلزم أن لا يتم ما صرحوا به من صحة التسمية ولزوم الأرض مهراً لها بالإجماع في تلك الصورة كما لا يخفى. وقال صاحب العناية وتاج الشريعة: فإن قيل: الواجب في الأطرف بين الرجل والمرأة هو الأرش وأرش اليد معلوم وهو خمسمائة دينار فما المانع أن يكون هو المهر؟ قلنا: أرش اليد ليس بمتعين لجواز أن يكون خمسة آلاف درهم فيكون مجهولاً فيجب مهر المثل انتهى. أقول: في جواب هذا السؤال أيضا نظر، فإنه ينتقض أيضاً قطعاً بالتزوّج على يده في صورة الاقتصار، فإن أرش اليد يصير مهراً لها هناك بالإجماع كما صرحوا به مع تحقق الجهالة الناشئة عن عدم تعين أرش اليد هناك أيضاً. ثم أقول: لو قال المصنف في تعليل صورة العمد أيضاً من مسألتنا هذه مثل ما قاله في صورة الخطأ منها من أنه يكون هذا تزوّجاً على أرش اليد، إذا القصاص لا يجزي في الأطراف بين الرجل والمرأة في العدم أيضاً عندنا. وإذا سرى إلى النفس تبين أنه لا أرش لليد وأن المسمى معدوم فوجب مهر المثل لصح وكان سالماً عن أن يرد عليه السؤالان المذكوران ولم يحتج إلى جوابيهما المذكورين في الشروح المختلفين كما بيناه آنفا قوله: **(وإذا سرى تبين أنه قتل النفس ولم يتناوله العفو فيجب الدية)** قال في النهاية: فإن قلت: لم يجب القصاص ها هنا على المرأة مع أن القطع كان عمداً وهو قتل من الابتداء، فإنه لما مات ظهر أن الواجب هو

أوصى بإعارة أرضه) يعني إذا تبرّع بمنافع أرضه في مرضه بالعارية وانتفع بها المستعير ثم مات المعير كان ذلك من جميع المال لأن المنافع ليس بأموال، وفيه بحث من أوجه: الأول أن القصاص موروث بالاتفاق فكيف لم يتعلق به حق الورثة. الثاني أن الوصية بإعارة أرضه باطلة وإن صحت فحكمه التهايؤ يسكن الموصى له يوماً والورثة يومين إن لم يقبل القسمة، وإن قبلها يفرز الثلث للموصى له. والثالث أن المنافع أموال فكيف صارت نظيراً لما ليس بمال؟ والجواب عن الأول أن المصنف رحمه الله نفى تعلق حق الورثة به لا كونه موروثاً، ولا تنافي بينهما لأن حق الورثة إنما يثبت بطريق الخلافة، وحكم الخلف لا يثبت مع وجود الأصل. والقياس في المال أيضاً أن لا يثبت فيه تعلق حقهم إلا بعد موت المورث، لكن ثبت ذلك شرعاً بقوله ﷺ «لأن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس» وتركهم أغنياء إنما يتحقق بتعلق حقهم بما يتحقق به الغنى وهو المال، فلو لم يتعلق به لتصرف فيه فيتركهم عالة يتكففون الناس، والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به لكنه موروث، لأن الإرث خلافة ذي نسب الميت الحقيقي. أو الحكمي أو نكاحه أو ولاية حقيقة أو حكماً في ماله أو حق قابل لها بعد موته، وقد فسرناه في شرح الرسالة في الفرائض وهو كما ترى لا ينحصر في المال، بل إذا كان حقاً قابلاً للخلافة

قال المصنف: **(لا سيما على تقدير السقوط فيجب مهر المثل وعليها الدية في مالها)** أقول: فإنه لما مات المقطوع يده بالسراية سقط قصاص الطرف وبدله أيضاً وهو الأرش، فإن القطع كان قتلاً فيجب جزاء القتل لا القطع فوجب قصاص النفس، ولعل هذا هو الوجه في توجيه كلام المصنف، وبه تندفع الشكوك والأوهام في هذا المقام قوله: **(والقصاص سقط ها هنا إما بقبولها التزوج الخ)** أقول: بل السقوط هنا بموت المقطوع يده حيث تبين أن لا قطع على القاطع لكونه قاتلاً، ولا يجب بدله أيضاً لعدم وجوب الأصل فتأمل قوله: **(ولا يمكن استيفاء القصاص عن نفسه)** أقول: الظاهر أن يقول عن نفسها قوله: **(أجيب بأنه ليس بمتعين لجواز أن يكون خمسة آلاف درهم فيكون مجهولاً)** أقول: مخالف لما مر آنفاً من قوله ويصير الأرش وهو خمسة آلاف درهم مهراً لها بالإجماع، ثم الجهالة لا تمنع فيها سقط لأنها لا تفضي إلى المنازعة، وذلك وجه الصحة فيما مر قال المصنف: **(وإذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة)** أقول: قال الإمام قاضيخان في شرح الجامع الصغير: ولا تقع المقاصة لأن الدية مؤجلة ومهر المثل حال، وإذا حل الأجل تقع المقاصة انتهى.

ما بيناه. وإذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة إن كانا على السواء، وإن كان في الدية فضل ترده على الورثة، وإن كان في المهر فضل يرده الورثة عليها، وإذا كان القطع خطأ يكون هذا تزوّجاً على أرش اليد، وإذا سرى إلى النفس تبين أنه لا أرش لليد وأن المسمى معدوم فيجب مهر المثل، كما إذا تزوجها على ما في اليد ولا شيء فيها. ولا يتقاصان لأن الدية تجب على العاقلة في الخطإ والمهر لها. قال: **(ولو تزوّجها على اليد وما يحدث منها أو على الجناية ثم مات من ذلك والقطع عمد فلها مهر مثلها)** لأن هذا تزوّج على القصاص وهو لا يصلح مهراً فيجب مهر المثل على ما بيناه، وصار كما إذا تزوّجها على خمر أو خنزير ولا شيء له عليها، لأنه لما جعل القصاص مهراً فقد رضي بسقوطه بجهة المهر فيسقط أصلاً كما إذا أسقط القصاص بشرط أن يصير مالاً فإنه يسقط أصلاً **(وإن كان خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها، ولهم ثلث ما ترك وصية)** لأن هذا تزوّج على الدية وهي تصلح

القصاص وهو لم يجعل القصاص مهراً لأن القصاص لا يصلح مهراً لأنه ليس بمال المهر يجب أن يكون مالا، ولما لم يصلح القصاص مهراً صار كأنه تزوّجها ولم يذكر شيئاً وفيه القصاص فكذا هنا. قلت: نعم كذلك، إلا أنه لما جعل القصاص مهراً جعل ولاية استيفاء القصاص للمرأة، ولو استوفت المرأة القصاص إنما تستوفي عن نفسها لنفسها، وذلك محال لأن الإنسان لا يتمكن من الاستيفاء عن نفسه لنفسه، لأن الشخص الواحد لا يصلح أن يكون مطالبا للقصاص ومطالب به فسقط لاستحالة الاستيفاء، ولما سقط القصاص بقي النكاح بلا تسمية فيجب مهر المثل كما إذا لم يسم ابتداء انتهى. أقول: لا السؤال شيء ولا الجواب، أما الأول فلأن وجه عدم وجوب القصاص ها هنا على المرأة ظاهر من قوله المصنف، والقياس أن يجب القصاص على ما بيناه، فإنه إشارة إلى ما ذكره فيما قبل من أن وجوب بالدية ها هنا دون القصاص على موجب الاستحسان، فإن صورة العفو أورثت شبهة وهي دارئة للقود فلم يبق محل للسؤال عن لمية عدم وجوب القصاص ها هنا على المرأة، وأما الثاني فلأن القصاص الذي جعل مهرا وجعل ولاية استيفائه للمرأة إنما هو قصاص اليد دون قصاص النفس كما أفصح عنه قول المصنف فيما قبل يكون هذا تزوّجاً على القصاص في الطرف، وإذا سرى تبين أنه قتل النفس فلم يتناوله ولاية المرأة للعلة التي ذكرها المصنف في عدم تناوله العفو الذي تضمنه التزوّج، فبقي السؤال عن وجه عدم وجوب قصاص النفس على المرأة بعد أن تبين أن قطعها صار قتل النفس ولغا ما ذكر في الجواب المزبور، إذ لم يجعل حد ولاية استيفاء قصاص النفس للمرأة قط حتى يلزم من وجوب قصاص النفس عليها استيفاؤها القصاص عن نفسها لنفسها قوله: **(وإن كان خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك وصية)** قال صاحب النهاية والعناية في شرح هذا المحل: قوله ويرفع عن العاقلة مهر مثلها: أي قدر مهر مثلها، وقوله ولهم ثلث ما ترك وصية: أي وللعاقلة ثلث ما زاد على مهر المثل إلى تمام الدية يكون وصية انتهى. أقول: في التفسير الثاني خلل، فإن المصنف فصل فيما بعد حال الزيادة

يصح أن يكون موروثاً، ولا شك في قبوله القصاص لذلك كما تقدم. وعن الثاني بأن المراد من قوله أوصى تبرع كما عبرنا عنه آنفاً والوصية تبرّع خاص فيجوز أن يستعار لمطلقه. وعن الثالث بأن المنافع أموال إذ كانت في عقد فيه معاوضة. وقوله: **(فيعتبر من الثلث)** فيه إشكال، وهو أنه إذا اعتبر من الثلث كان وصية والقاتل من العاقلة والوصية للقاتل باطلة فيجب أن لا يصح في حصته. وأجيب بأن المجروح لم يقل أوصيت لك بثلث الدية، وإنما عفا عنه المال بعد سبب الوجود فكان تبرعاً مبتدأ ولا مانع عنه؛ ألا يرى أنه لو وهب له شيئاً وسلم جاز قال: **(وإذا قطعت المرأة يد رجل الخ)** إذا قطعت المرأة يد رجل فتزوّجها على يده فإما أن يقتصر أو يسري، فإن كان الأول صحت التسمية ويصير الأرش وهو خمسة آلاف درهم مهراً لها بالإجماع سواء كان القطع عمداً أو خطأ وتزوّجها على القطع فقط أو عليه وما يحدث منه، لأنه لما برأ تبين أن موجبها الأرض دون القصاص لأنه لا يجري في الأطراف بين الرجل والمرأة والأرض يصلح صداقاً. وإن كان الثاني وإليه أشار بقوله ثم مات فإما أن يكون القطع خطأ أو عمداً، فإن كان الأول فلها مهر مثلها والدية على العاقلة، وإن كان الثاني فلها ذلك

مهراً إلا أنه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال لأنه مريض مرض الموت والتزوّج من الحوائج الأصلية ولا يصح في حق الزيادة على مهر المثل لأنه محاباة فيكون وصية فيرفع عن العاقلة لأنهم يتحملون عنها، فمن المحال أن ترجع عليهم بموجب جنايتها، وهذه الزيادة وصية لهم لأنهم من أهل الوصية لما أنهم ليسوا بقتلة، فإن كانت تخرج من الثلث تسقط، وإن لم تخرج يسقط ثلثه. وقال أبو يوسف ومحمد: كذلك الجواب فيما إذا تزوّجها على اليد، لأن العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين. قال: **(ومن قطعت يده فاقتص له من**

على مهر المثل وجعلها صورتين حيث قال: فإن كانت تخرج من الثلث تسقط، وإن لم تكن تخرج يسقط ثلثه، وعلى ذلك التفسير يلزم أن لا يتناول كلام المصنف ها هنا الصورة الأولى من الصورتين اللتين ذكرهما فيما بعد، فإن ما يكون وصية لهم في الصورة الأولى منهما جميع ما زاد على مهر المثل لا إلى تمام الدية ثلثه فقط كما لا يخفى. وقال صاحب الغاية: قوله يرفع عن العاقلة مهر مثلها: أي قدر مهر مثلها، وقولهم ولهم ثلث ما ترك وصية لهم: أي للعاقلة ثلث ما ترك الميت من الدية وصية انتهى. أقول: مآل هذا أيضا ما ذكره صاحب النهاية والعناية وإن كانت العبارة مغايرة في التفسير الثاني، فإنه لما بين ما ترك الميت في قوله ثلث ما ترك الميت بقوله من الدية تعين أن مراده ثلث الدية فيرد عليه مثل ما يرد على ما ذكراه من أنه يجوز أن يخرج كل الدية من ثلث مال الميت فيلزم أن لا يتناوله كلام المصنف ها هنا على التفسير المزبور، ثم أقول: في كلام المصنف ها هنا احتمال آخر، وهو أن يكون معناه: وللعاقلة ثلث ما ترك الميت من جميع ماله وصية لهم فيتناول الصورتين الآتيتين في التفصيل معاً، لأن جميع مال الميت يشكل الدية وغيرها فيجوز أن يخرج الدية كلها من ثلث جميع ماله، لكن يتجه عليه أيضاً أنه يجوز أن يكون ثلث جميع ماله أكثر مما زاد على مهر مثلها من الدية بل يجوز أن يكون أكثر من كل الدية، فلا يصح حينئذٍ قوله وصية لأن ما يكون وصية للعاقلة إنما هو مقدار ما زاد على مهر مثلها من الدية لا غير. وبالجملة عبارة المصنف ها هنا ليست بخالية عن القصور في إفادة تمام المراد كما لا يخفى على ذوي الرشاد، فالأولى في تحرير المقام ما ذكره صاحب الوقاية حيث قال: وفي الخطإ رفع عن العاقلة مهر مثلها والباقي وصية لهم، فإن خرج من الثلث سقط وإلا سقط ثلث المال انتهى تأمل قوله: **(وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: كذلك الجواب فيما إذا تزوجها على اليد، لأن العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين)** أي في التزوّج على اليد، وفي التزوّج على اليد وما يحدث منها أو على الجناية، كذا قال جمهور الشراح وهو الصواب، وزاد صاحب العناية على ذلك شيئاً في شرحه حيث قال: يعني في التزوّج على اليد إذا كان القطع خطأ، وفي التزوّج على اليد وما يحدث منها أو على الجناية انتهى. وتبعه الشارح العيني، أقول: ليس ذاك بشيء، إذ لا وجه لتقييد القطع في الفصل الأول بالخطأ فإن الظاهر من كلام المصنف ها هنا ومن قوله فيما سبق ولو كان القطع خطأ فقد أجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقاً وخلافاً، وكذا مما ذكر في عامة الكتب من المتون والشروح أن يكون الجواب عندهما في العمد والخطأ في الفصلين سواء، ولقد صرح به ها هنا صاحب الغاية نقلاً عن شروح الجامع الصغير حيث قال: فأما عندهما فالجواب فيه في العمد والخطأ كالجواب فيما إذا تزوّجها على القطع وما يحدث منه، أو على الجناية

والدية في مالها عند أبي حنيفة رحمه الله، لأن العفو عن اليد إذا لم يكن عفواً عما يحدث منه عنده فالتزوّج على اليد لا يكون تزوّجاً على ما يحدث منه فيكون مالها من المهر غير ما عليها مما يحدث منه ثم، القطع إذا كان عمداً كان التزوّج تزوجاً على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهراً لا سيما على تقدير سقوط القصاص، فإنه إذا لم يصلح مهراً على تقدير ثبوته لا يصلح على تقدير سقوطه بطريق الأولى، والقصاص يسقط ها هنا إما بقبولها التزوّج لأن سقوطه متعلق بالقبول فلما قبلت سقط، وإما باعتبار تعذر الاستيفاء، فإنه لما جعل القصاص مهراً جعل لها ولاية الاستيفاء ولا يمكن استيفاء القصاص

قوله: **(إذا كان القطع خطأ)** أقول: التقييد به مما لا يظهر وجهه، فإنه إذا كان القطع عمداً بالاتفاق في الجواب في حاله.

اليد ثم مات فإنه يقتل المقتص منه) لأنه تبين أن الجناية كانت قتل عمد وحق المقتص له القود، واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود كمن كان له القود إذا استوفى طرف من عليه القود، وعن أبي يوسف أنه يسقط حقه في القصاص، لأنه لما أقدم على القطع فقد أبرأه عما وراءه. ونحن نقول: إنما أقدم على القطع ظناً منه أن حقه فيه وبعد السراية تبين أنه في القود فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم به قال: **(ومن قتل وليه عمداً فقطع يد قاتله ثم عفا وقد قضى له بالقصاص أو لم يقض فعلى قاطع اليد دية اليد عند أبي حنيفة، وقالا: لا شيء عليه)** لأنه استوفى حقَّه فلا يضمنه، وهذا لأنه استحق إتلاف النفس بجميع أجزائها، ولهذا لو لم يعف لا يضمنه، وكذا إذا سرى وما برأ أو ما عفا وما سرى، أو قطع ثم حزّ رقبته قبل البرء أو بعده وصار كما إذا كان له قصاص في الطرف فقطع أصابعه ثم عفا لا يضمن الأصابع. وله أنه استوفى غير حقه، لأن حقه في القتل. وهذا قطع وإبانة، وكان القياس أن يجب القصاص إلاّ أنه سقط للشبهة فإن له أن يتلفه تبعاً، وإذا سقط وجب المال، وإنما لا يجب في الحال لأنه يحتمل أن

لما ذكر في المسألة المتقدمة، كذا في شروح الجامع الصغير انتهى قوله: **(ومن قطعت يده فاقتص له من اليد ثم مات فإنه يقتل المقتص منه)** قال صاحب العناية: لم يذكر ما إذا مات المقتص منه من القطع. وحكمه الدية على عاقلة المقتص له عند أبي حنيفة رحمه الله. وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي، لا شيء عليه علي ما سيجيء انتهى. أقول: هذا الكلام منه هنا كلام خال عن التحصيل، لأنه إن كان مقصوده منه مؤاخذة المصنف بأنه ترك ذكر تلك الصورة مع كون ذكرها أيضا مما يهم فلا وجه له إذ قد ذكرها أيضا فيما بعد، وإن كان مقصوده منه مؤاخذة المصنف لم يذكر تلك الصورة هنا مع كون أن تذكر هنا فليس كذلك، فإن تلك الصورة من قبيل استيفاء من له القصاص في الطرف كما صرح به في الكتاب فيما بعد، وما نحن فيه من قبيل استيفاء من له القصاص في النفس. ولما كانت المسألة المتصلة بما نحن فيه من قبيل استيفاء من له القصاص في النفس أيضاً كما ترى ذكرها المصنف عقيب ما نحن فيه وأخر تلك الصورة عنها، وإن كان مقصوده منه مجرد بيان حكم تلك الصورة أيضاً دون مؤاخذة المصنف بشيء فلا فائدة فيه، إذ قد بين المصنف حكمها فيما سيجيء مفصلاً ومدللاً فيلغو بيان ذلك الشارح إياه ها

عن نفسه. فإن قيل: الواجب في الأطراف بين الرجل والمرأة هو الأرش خمسمائة دينار وهو معلوم فما المانع أن يكون هو المهر؟ أجيب بأنه ليس بمتعين لجواز أن يكون خمسة آلاف درهم فيكون مجهولاً، وإذا لم يصلح القصاص ولا بدله مهراً يجب مهر المثل وعليها الدية في مالها. فإن قيل: قبول التزوّج يتضمن العفو والعفو لا يضمن فلا يجب عليها الدية، أشار إلى الجواب بقوله لأن التزوّج وإن كان يتضمن العفو لكن **(فيما نحن فيه يتضمن العفو، عن القصاص في الطرف، وإذا سرى تبين أنه قتل والعفو لم يتعرض لذلك فتجب الدية في مالها لأنه عمد)** والعاقلة لا تتحمل العمد **(والقياس أن يجب القصاص على ما بيناه)** يريد به قوله لأنه هو الموجب للعمد **(وإذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة إن تساويا)** وإن لم يتساويا ردّ من عليه الفضل على من له ذلك، وإذا كان القطع خطأ كان التزوّج على أرش اليد، وإذا سرى إلى النفس تبين أنه لا أرش لليد وأن المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما إذا تزوّجها على ما في اليد ولا شيء فيها ولا يتقاصان لأن الدية على العاقلة في الخطإ والمهر لها فاختلف ذمة من له وذمة من عليه وشرط التقاص اتحادهما. وقوله: **(ولو تزوّجها علىَ اليد وما يحدث منها)** ظاهر. وقوله: **(ولا شيء عليها)** أي لا دية ولا قصاص. وقوله: **(يرفع عن العاقلة مهر مثلها)** أي قدر مهر المثل. وقوله: **(ولهم)** أي للعاقلة **(ثلث ما ترك)** أي ثلث ما زاد على مهر المثل إلى تمام الدية يكون وصية. وقوله: **(فاتفق جوابهما في الفصلين)** يعني في التزوّج على اليد إذا كان القطع خطأ، وفي التزوّج على اليد وما يحدث منها أو على الجناية، وعبر بالفصلين باعتبار المختلف والمتفق وإلا فالفصول ثلاثة. قال: **(ومن قطعت يده فاقتص له من اليد)** كلامه واضح، ولم يذكر ما إذا مات المقتص منه من القطع، وحكمه الدية على عاقلة المقتص له عند أبي حنيفة. وعند أبي يوسف ومحمد

قوله: **(وإنما هي بناء على أنهما أوجبا له)** أقول: بل أباحا.

يصير قتلاً بالسراية فيكون مستوفياً حقه، وملك القصاص في النفس ضروري لا يظهر إلا عند الاستيفاء أو العفو أو الاعتياض لما أنه تصرف فيه، فأما قبل ذلك لم يظهر لعدم الضرورة بخلاف ما إذا سرى لأنه استيفاء. وأما إذا لم يعف وما سرى، قلنا إنما يتبين كونه قطعاً بغير حق بالبرء حتى لو قطع وما عفا وبرأ الصحيح أنه على هذا الخلاف، وإذا قطع ثم حزّ رقبته قبل البرء فهو استيفاء ولو حزّ بعد البرء فهو على هذا الخلاف هو الصحيح، والأصابع وإن كانت تابعة قياماً بالكف فالكف تابعة لها غرضاً، بخلاف الطرف لأنها تابعة للنفس من كل وجه. قال: **(ومن له القصاص في الطرف إذا استوفاه ثم سرى إلى النفس ومات يضمن دية النفس عند أبي حنيفة، وقالا: لا يضمن)** لأنه استوفى حقه وهو القطع، ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من سد باب القصاص، إذ الاحتراز عن السراية ليس في وسعه فصار كالإمام والبزاغ والحجام والمأمور بقطع اليد. وله أنه قتل بغير حق لأن حقه في القطع وهذا وقع قتلاً ولهذا لو وقع ظلماً كان قتلاً. ولأنه جرح أفضى إلى فوات الحياة في مجرى العادة وهو مسمى القتل، إلا

هنا قوله: **(ونحن نقول: إنما أقدم على القطع ظناً منه أن حقه فيه وبعد السراية تبين أنه في القود فلم يكن مبرئاً عنه بدون العلم به)** قال صاحب الإصلاح والإيضاح: وفيه إشكال لما مر أن صورة العفو تكفي في سقوط القود لأنها تورث شبهة وبذلك تمسكوا في سقوطه فيما إذا عفا عن القطع ثم مات منه ولم يلتفتوا ثمة إلى المقدمة القائلة إنه لا يكون مبرئنا عنه بدون العلم به انتهى. أقول: جوابه أنه قدر تقرّر عندهم أن الشبهة معتبرة دون شبهة الشبهة، أفقيما نحن فيه يكون الإبراء عن النفس شبهة الشبهة، لأن الإقدام على القطع لا يقتضي الفراغ مما وراءه رأساً لجواز أن يستوفي القتل أيضاً بعد القطع كمن له القود يستوفي طرف من عليه القود ثم يقتله فتحققت شبهة، ثم إن الفراغ مما وراء القطع لا يقتضي الإبراء عنه أيضاً لجواز أن يفرغ منه ظناً أن حقه في القطع لا إبراء عما وراءه فتحققت شبهة بعد شبهة فصارت شبهة الشبهة فلم تعتبر، بخلاف ما إذا عفا عن القطع ثم مات منه فإن العفو عن القطع هنا مقرر لا شبهة فيه، وإنما بقيت شبهة أن يكون العفو عن القطع عفواً عن القتل فاعتبرت في سقوط القود بها لكون الشبهة دارئة له فافترقا تأمل، فإن هذا معنى عميق وفرق دقيق قوله: **(بخلاف ما استشهدا به من المسائل لكنه مكلف فيها بالفعل، إما تقلداً كالإمام، أو عقداً كما في غيره منها)** أقول: فيه تساهل، لأن من تلك المسائل ما لا يجب فعله لا تقلداً ولا عقداً وهو المأمور بقطع اليد، فإن المراد به ما إذا قال اقطع يدي ففعل فسرى إلى النفس فمات كما صرح

والشافعي لا شيء عليه على ما سيجيء، وقوله: **(ومن قتل وليه عمداً)** صورته ظاهرة وكذلك دليلهما، وأما دليل أبي حنيفة فيحتاج إلى كلام، فقوله إنه استوفى غير حقه لأن حقه في القتل، وهذا قطع وإبانة في الأصل ظاهر لا يقبل التشكيك، وقد شكك بعضهم بما إذا شهد شاهدان على رجل بالقتل فقطع الوليّ يده ثم رجعا ضمنا اليد، وإنما يضمنان ما أتلفاه بشهادتهما وما شهدا إلا بالقتل، ولو كان القطع غير القتل لما ضمنا، وكون القطع غير القتل لا يرتاب فيه أحد، وليس أصل المسألة ذلك وإنما هي بناء على أنهما أوجبا له قتل النفس، وذلك يبرىء القاطع عن الضمان فيضمنان لإيجاب البراءة له بعد علة الضمان عليه فصار كما لو شهدا على رجل أنه أبرأ غريمه عن الدين ثم رجعوا. وقوله: **(وإنما لا يجب المال في الحال)** جواب عما يقال لما استوفى غير حقه وجب أن يضمن في الحال. وقوله: **(وملك القصاص في النفس ضروري)** جواب عن قولهما إنه استوفى حقه: يعني لما كان ملك القصاص ضرورياً لثبوته مع المنافي وهو الحرية كما مر بحيث لا يظهر إلا في هذه الأحوال الثلاثة، وهي: استيفاء النفس بالقصاص، والعفو، والاعتياض لا يصح التصرف في القائل بغيرها، والقطع مقصوداً غيرها فيكون تصرفاً في غير موضع الضرورة ولا حق له فيه فيجب الضمان. وقوله: **(فأما قبل ذلك)** يعني قبل التصرف بهذه الأشياء الثلاثة يريد به القطع **(فلم يظهر)** يعني ملك القصاص **(لعدم الضرورة)** وقوله: **(بخلاف ما إذا سرى)** جواب عن قولهما وكذا إذا سرى. وقوله: **(وأما إذا لم يعف وما سرى)** جواب عن قولهما أو ما عفى وما سرى. وقوله: **(الصحيح أنه على الخلاف)** يعني فلا يكون مستشهداً به، وكذا قوله هو الصحيح. وقوله: **(والأصابع وإن كانت تابعة)** جواب عن قولهما وصار كما إذا كان له قصاص في الطرف فقطع أصابعه ثم عفا وهو اختيار بعض المشايخ فإنهم تبرّعوا بالفرق.

أن القصاص سقط للشبهة فوجب المال بخلاف ما استشهدا به من المسائل إلا أنه مكلف فيها بالفعل، إما تقلداً كالإمام أو عقداً كما في غيره منها، والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة كالرمي إلى الحربي، وفيما نحن فيه لا التزام ولا وجوب، إذ هو مندوب إلى العفو فيكون من باب الإطلاق فأشبه الاصطياد.

به في الكافي وعامة الشروح فلم يتم قول المصنف أو عقداً كما في غيره منها فإن العقد إنما يتحقق في البزاغ والحجام منها دون المأمور بالقطع مع أنه غير الإمام وأنه من تلك المسائل أيضاً، ولا يجدي التشبث بالتغليب نفعاً هنا، لأن قوله بعده والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة لا يتمشى في تلك المسألة، إذ لا يجب على المأمور بالقطع القطع بل هو تبرّع منه كما لا يخفى، فيلزم أن يكون الدليل المذكور في الكتاب قاصراً عن إفادة الفرق في حق تلك المسألة كما ترى. نعم يمكن الفرق في حقها أيضاً بأن يقال لما فعل المأمور بالقطع بإذن الآمر انتقل حكم الفعل إلى الآمر فصار كما لو قطع يد نفسه وفي ذلك لا ضمان، لكن الكلام في قصور عبارة الكتاب عن إفادة تمام المرام وهذا مما لا ريب فيه.

وأما صاحب الأسرار فمنعه وقال: لا نسلم أنه لا يلزمه ضمان الأصابع بل يلزمه إذا عفا عن الكف. وقوله: **(ومن له القصاص في الطرف إذا استوفاه)** واضح، وقد أشرنا إليه من قبل. وقوله: **(فصار كالإمام)** أي القاضي إذا قطع يد السارق فمات من ذلك فإنه لا شيء عليه وقوله: **(والمأمور بقطع اليد)** كما إذا قال اقطع يدي ففعل فمات لا شيء على القاطع. وقوله: **(في مجرى العادة)** يعني أن الموت من الجرح ليس على خلاف العادة. وقوله: **(لأنه مكلف فيها)** **(أي في المسائل)** بالفعل إما تقلداً كالإمام فإنه إذا تقلد القضاء وجب عليه أن يحكّم **(أو عقداً)** كما مر في غير الإمام من المسائل: يعني البزاغ والحجام فإن الفعل يجب عليهما بعقد الإجارة **(والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة كالرمي إلى الحربي وفيما نحن فيه)** من الاستيفاء **(لا وجوب ولا التزام)** إذ العفو مندوب إليه، قال الله تعالى ﴿وأن تعفو أقرب للتقوى﴾ فيكون من باب الإطلاق: أي الإباحة فأشبه الاصطياد، ولو رمى إلى صيد فأصاب إنساناً ضمن كذا هذا، وطولب بالفرق بين هذا وبين المستأجر، والمستعير للركوب إذا نفقت الدابة منه، وعلى المعلم والقاطع ضمان، وها هنا يجب إذا سرى. وأجيب بأن في الثلاثة الأولى حصل سبب الهلاك بالإذن فينتقل الفعل إلى الإذن، ولو أهلك المالك دابته لم يجب عليه شيء فكذا إذا أذن بسبب الهلاك، والأب إذا قتل ابنه وجب عليه الدية فكذلك ها هنا، بخلاف المقتص له فإنه يقطع بالملك دون الإذن، ولما قطع وسرى كان القطع قتلاً وليس له ملك القتل فكان تصرفاً في غير ملكه وهو يوجب الضمان. وأما الرابع فلأن القطع مع السراية يصير قتلاً من الابتداء، ولو قتل ابتداء وقع القتل قبل الإسلام في مباح الدم وذلك لا يوجب الضمان، فكذا إذا صار قتلاً من الابتداء لأنه مستند إلى ابتداء القطع.

قوله: **(وذلك يبرىء القاطع عن الضمان)** أقول: هذا إذا كان رجوعهما قبل البرء، أما إذا كان بعده ينبغي أن يضمن القاطع فإنه لا يبرأ عن الضمان بعد البرء عند أبي حنيفة. على أنا نقول: قوله يبرىء القاطع عن الضمان. قلنا: مطلقاً أو بعد البرء، والثاني باطل، وفي الأول إن برأ لا يجب ضمان القطع، وإن لم يتبين الحال لا يضمن في الحال كما لا يخفى قال المصنف: **(وإنما لا يجب في الحال لأنه يحتمل أن يصير قتلاً بالسراية فيكون مستوفياً حقه)** أقول: فيكون عفوه لغواً لاستيفائه حقه قبله مستنداً قوله: **(يريد به القطع)** أقول: المضاف مقدر: أي حال القطع. ثم اعلم ان ضمير به راجع إلى قوله قبل التصرف قوله: **(أو مرتد أسلم بعد القطع)** أقول: ثم سرى إلى النفس قوله: **(وعلى المعلم والقاطع ضمان)** أقول: قوله ضمان فاعل لقوله لا يجب، ومعناه: لا يجب الضمان على المعلم بل يجب على الأب، ولا يجب الضمان على القاطع أيضاً قوله: **(بخلاف المقتص له فإنه يقطع بالملك)** أقول: وكذلك القطع بإذن المالك الحق والمالك المطلق قوله: **(دون الإذن)** أقول: وكذلك المستأجر والمستعير يملكان المنفعة كالركوب دون الإهلاك.

باب الشهادة في القتل

قال: **(ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فأقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فإنه يعيد البينة)** عند أبي حنيفة، وقالا: لا يعيد: **(وإن كان خطأ فلم يعدها بالإجماع)** وكذلك الدين يكون لأبيهما على آخر، لهما في

باب الشهادة في القتل

لما كانت الشهادة في القتل أمراً متعلقاً بالقتل أوردها بعد ذكر حكم القتل لأن ما يتعلق بالشيء كان أدنى درجة من نفس ذلك الشيء قوله: **(ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فأقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فإنه يعيد البينة عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: لا يعيد)** قال في العناية: والأصل أن استيفاء القصاص حق الوارث عنده وحق المورث عندهما. وقال: وليس لأبي حنيفة تمسك بصحة العفو من الوارث حال حياة المورث استحساناً، كما أنه ليس لهما ذلك بصحة العفو من المورث المجروح استحساناً للتدافع انتهى. أقول: فيه بحث، لأنّ ما تمسكا به لا ينتهض حجة على أبي حنيفة، وما تمسك به ينتهض حجة عليهما فكيف يتحقق التدافع بين ذينك التمسكين. وذلك أن القصاص وإن كان حقاً للوارث عنده باعتبار ثبوته للوارث ابتداء بناء على أن القصاص لا يثبت إلا بعد الموت والميت ليس من أهل أن يثبت له هذا الحق لأنه شرع للتشفي، ودرك الثأر والميت ليس بأهل لذلك لكنه حق للمورث أيضاً عنده باعتبار انعقاد سببه الذي هو الجناية في حق المورث، وقد صرح به في كثير من الشروح. فأبو حنيفة راعى فيما نحن فيه جهة كون القصاص حقاً للوارث فقال باشتراط إعادة البينة إذا حضر الغائب احتيالاً للدرء وراعى في مسألة العفو من المورث المجروح جهة كونه حقاً للمورث فقال بصحة العفو منه احتيالاً للدرء أيضاً. وأما عندهما فالقصاص حق ثابت للمورث ابتداء من كل الوجوه، ثم ينتقل بعد موته إلى الوارث بطريق الوراثة كسائر أملاكه، فيتجه عليهما المؤاخذة لصحة العفو من الوارث حال حياة المورّث استحساناً بالإجماع فتدبر قوله: **(وإن كذبهما فلا شيء لهما وللآخر ثلث الدية معناه إذا كذبهما القاتل أيضاً)** قال صاحب النهاية في شرح هذا المقام: وإن كذبهما فلا شيء أي وإن كذبهما المشهود عليه، معناه: إذا كذبهما القاتل أيضاً، وإنما قيد بهذا لأنه إذا صدقهما القاتل عن تكذيب المشهود عليه يجب على القاتل دية كاملة بينهم أثلاثاً ثم قال: وفي بعض النسخ معناه:

باب الشهادة في القتل

القتل بعد تحققه ربما يجحد فيحتاج من له القصاص إلى إثباته بالبينة فبين الشهادة فيه في باب على حدة **(ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فأقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فإنه يعيد البينة عند أبي حنيفة. وقالا: لا يعيد، وإن كان خطأ. لا يعيد بالإجماع)** وكذلك الدين يكون لأبيهما على آخر، والأصل أن استيفاء القصاص حق الورثة عنده وحق المورث عندهما، وليس لأبي حنيفة تمسك بصحة العفو من الوراث حالة حياة المورث استحساناً، كما أنه ليس لهما ذلك بصحة العفو من المورّث المجروح استحساناً للتدافع. والقياس عدم الجواز، أما من جهة المورث فلأن القتل لم يوجد بعد، وأما من جهة الوراث فلوقوعه قبل ثبوت حقه. ووجه الاستحسان أن السبب قد تحقق فصح من كل منهما لذلك، وإذا ظهر ذلك ظهر وجه قولهما إن القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين، وما كان كذلك كان حكمه حكم الدين، وحكمه أن ينتصب أحد الورثة خصماً عن الباقين، واستدل لهما على أن طريقه طريق الوراثة بقوله.وهذا لأنه عوض نفسه، قال الله تعالى: ﴿وكتبنا عليهم

باب الشهادة في القتل

قال المصنف: **(لهما في الخلافية أن القصاص طريقه الوراثة كالدين)** أقول: في شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد: لهما أن القصاص يصير مملوكاً للمقتول ثم يصير موروثاً عنه كالدين سواء، ولهذا يكون للمرأة نصيب في القصاص، والمرأة لا تملك شيئا من حق الزوج إلا بطريق الوراثة، ثم في الدين لا تعاد البينة، كذا هذا، ولأبي حنيفة بلى ولكن فيه شبهة ثبوته لهم ابتداء، لأن الميت لا ينتفع به منفعة دنيوية، ولو ثبت لهم ابتداء تعاد له البينة، فكذا إذا كان فيه شبهة الثبوت انتهى. وعلى هذا ينبغي أن يحمل كلام المصنف:

الخلافية أن القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين، وهذا لأنه عوض عن نفسه فيكون الملك فيه لمن له الملك في المعوّض كما في الدية، ولهذا لو انقلب مالاً يكون للميت، ولهذا يسقط بعفوه بعد الجرح قبل الموت فينتصب أحد الورثة خصماً عن الباقين. وله أن القصاص طريقه الخلافة دون الوراثة؛ ألا ترى أن ملك القصاص يثبت بعد الموت

إذا كذبهما المشهود عليه أيضاً فحينئذ كان معنى قوله وإن كذبهما: أي وإن كذبهما القاتل انتهى. وعلى طرزه شرح صاحب الغاية أيضاً، إلا أنه جعل النسخة الثانية أصلاً على عكس ما في النهاية، وقال: والأول أصح. أقول: مدار ما ذكرا في شرح المقام على أنهما فهما أن مراد المصنف بقوله معناه إذا كذبهما القاتل أيضاً وكذا بقوله في النسخة الأخرى معناه إذا كذبهما المشهود عليه أيضاً بيان الكلام المقدر في عبارة الجامع الصغير وهي قوله وإن كذبهما فلا شيء لهما، فإنهما جعلا فاعل كذبهما في قوله وإن كذبهما فلا شيء لهما ضميراً راجعاً إلى المشهود عليه على نسخة معناه إذا كذبهما القاتل أيضاً، وضميراً راجعاً إلى القاتل على نسخة معناه إذا كذبهما المشهود عليه أيضاً، وهذا لا يتصور إلا بأن يكون مراد المصنف في النسخة الأولى أن جملة إذا كذبهما القاتل أيضاً مقدرة في عبارة الجامع الصغير فتقديرها وإن كذبهما المشهود عليه فلا شيء لهما إذا كذبهما القاتل أيضاً، وفي النسخة الأخرى أن جملة إذا كذبهما المشهود عليه أيضاً مقدرة فيها فتقديرها وإن كذبهما القاتل فلا شيء لهما إذا كذبهما المشهود عليه أيضاً، لكن ليس ما ذهبا إليه بسديد، إذ يأباه قطعاً قول المصنف معناه لأن المقدر لا يكون معنى المذكور. والحق عندي أن مراد المصنف بيان اعتبار مجرّد قيد أيضاً في عبارة الجامع الصغير هنا كما أنه بين قبيله اعتبار قيد وحده في عبارته حيث قال: معناه إذا صدقهما وحده، فراده على النسخة الأولى أن معنى قول محمد في الجامع الصغير وإن كذبهما إذا كذبهما القاتل، أيضاً: أي مع المشهود عليه، كما أن معنى قوله فيما قبل فإن صدقهما القاتل إذا

فيها أن النفس بالنفس﴾ فيكون الملك فيه لمن له الملك في المعوّض كما في الدية، ولهذا لو انقلب مالاً يكون للميت تقضى به ديونه وتنفذ منه وصاياه. ولأبي حنيفة أن طريقه طريق الخلافة، وهو أن يثبت لمن يحلف ابتداء، كالعبد إذا اتهب فإنه يثبت الملك للمولى ابتداء بطريق الخلافة لأن العبد ليس بأهل للملك، كما أن الميت ليس من أهل القصاص لكونه ملك الفعل ولا يتصوّر الفعل من الميت والوراثة هو أن يثبت الملك للمورث ابتداء ثم للوارث. وقوله: **(بخلاف الدين)** جواب عن قولهما كالدين **(لأنه)** أي الميت من أهل الملك في الأموال كما إذا نصب شبكة فتعلق بها صيد بعد موته فإنه يملكه، وإذا كان طريقه الإثبات ابتداء لا ينتصب أحدهم خصماً عن الباقين فيعيد الغائب البينة بعد حضوره، وهذا أنسب للقواعد الفقهية، فإن المحل مما للشبهة فيه مجال. وقوله: **(فإن أقام القاتل البينة)** واضح. وقوله: **(لأنهما يجرّان)** تعليل لقوله فشهادتهما باطلة، وتعليل

يعني أن القصاص فيه شبهة كون طريقه الخلافة دون الوراثة فحينئذٍ تندفع المخالفات والمناقضات كما لا يخفى. وفي شرح الإمام التمرتاشي: ولأبي حنيفة رحمه الله أن في القصاص شبهة ثبوته ابتداء، لأنهم هم الذي يتنفعون بالقصاص دون الميت فإنه لا يقضي منه ديونه ولا ينفذ منه وصاياه، ومن هذا الوجه لا ينتصب الحاضر خصماً عن الغائب، والقصاص لا يثبت مع الشبهة، ولا كذلك الخطأ والدين لأنه مال والميت ينتفع به فثبت له ثم ينتقل إلى الوراث، وكذا لو انقلب القصاص مالاً كان حقاً للمقتول تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه انتهى. والحاصل أن الإمام أبا حنيفة رحمه الله تعالى تارة يعتبر الوراثة إذا كان في اعتباره نفع في سقوط القصاص، وتارة يعتبر شبهة الخلافة إذا كان النفع في اعتباره، وفي غاية البيان: ولأبي حنيفة أن القصاص حق الميت من وجه وحق الورثة ابتداء من وجه، وذلك لأنه شرع للتشفي ودرك الثأر وهذا حق الورثة ابتداء من هذا الوجه، لأن الميت لا ينتفع به، ومن حيث أنه بدل النفس حق للميت، ولهذا لو انقلب مالاً تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياته، إلى آخر ما ذكره. قال الإمام الزيلعي في قوله تعالى: ﴿ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً﴾ نص على أن القصاص ثبت للوراث ابتداء قوله: **(كما أنه ليس لهما ذلك)** أقول: يعني ليس لهما تمسك كأبي حنيفة قوله: **(للتدافع)** أقول: هذا تعليل لقوله وليس لأبي حنيفة تمسك، ولقوله كما أنه ليس لهما ذلك الخ: يعني للتدافع بين التمسكين قوله: **(وهذا لأنه عوض نفسه، قال الله تعالى: ﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس﴾)** أقول: يعني الباء للمعاوضة قوله: **(ولا يتصور الفعل من الميت)** أقول: لا بد هنا من مراجعة التمرتاشي قال المصنف: **(ومعناه: إذا كذبهما القاتل أيضاً)** أقول قال الإتقاني: فعلى هذا

والميت ليس من أهله، بخلاف الدين والدية لأنه من أهل الملك في الأموال، كما إذا نصب شبكة فتعلق بها صيد بعد موته فإنه يملكه، وإذا كان طريقه الإثبات ابتداء لا ينتصب أحدهم خصماً عن الباقين فيعيد البينة بعد حضوره **(فإن كان أقام القاتل البينة أن الغائب قد عفا فالشاهد خصم ويسقط القصاص)** لأنه ادّعى على الحاضر سقوط حقه في القصاص إلى مال، ولا يمكنه إثباته إلا بإثبات العفو من الغائب فينتصب الحاضر خصماً عن الغائب **(وكذلك عبد بين رجلين قتل عمداً وأحد الرجلين غائب فهو على هذا)** لما بيناه. قال: **(فإن كان الأولياء ثلاثة فشهد اثنان منهم على الآخر أنه قد عفا فشهادتهم باطلة وهو عفو منهما)** لأنهما يجرّان بشهادتهما إلى أنفسهما مغنماً وهو انقلاب القود مالاً **(فإن صدّقهما القاتل فالدية بينهم أثلاثاً)** معناه: إذا صدقهما وحده، لأنه لما صدقهما فقد أقرّ بثلثي الدية لهما فصح إقراره، إلا أنه يدعي سقوط حق المشهود عليه وهو ينكر فلا يصدق ويغرم نصيبه **(وإن كذبهما فلا شيء لهما وللآخر ثلث الدية)** ومعناه: إذا كذبهما القاتل أيضاً، وهذا لأنهما أقرّا على أنفسهما بسقوط القصاص فقبل

صدقهما وحده: أي بدون المشهود عليه والقيدان منويان بمعونة المقام، ومراده على النسخة الأخرى معنى قول محمد وإن كذبهما إذا كذبهما المشهود عليه أيضاً: أي مع القاتل، فحينئذ ينتظم الكلام ويتضح المرام قوله: **(وتأويله إذا شهدوا أنه ضربه بشيء جارح)** قال في الكفاية: وإنما أوّل لتكون المسألة مجمعاً عليها. وقال في معراج الدراية نقلاً عن الذخيرة: ما ذكر في الجامع الصغير إن كان قولهما فهو مجرى على إطلاقه، وإن كان قول الكل فتأويله أن تكون الآلة جارحة انتهى. ثم قال جمهور الشراح: فإن قيل: الشهود شهدوا على الضرب بشيء جارح ولكن الضرب به قد يكون خطأ فكيف يثبت القود مع أنهم لم يشهدوا أنه كان متعمداً؟ قلنا: لما شهدوا أنه ضربه بسلاح فقد شهدوا أنه قصد ضربه، لأنه لو كان مخطئاً لا يحل لهم أن يشهدوا أنه ضربه وإنما يشهدون أنه قصد ضرب غيره

قوله وهو عفو منهما لم يذكره، وهو ما قال الإمام المحبوبي لأنهما زعما أن القود قد سقط وزعمهما معتبر في حقهما. وقوله: **(فإن صدقهم القاتل فالدية بينهم أثلاثاً)** يتأتى فيه الأقسام العقلية، لأنه إما أن يصدقهما القاتل والمشهود عليه جميعاً أو يكذباهما أو يصدقهما القاتل دون المشهود عليه أو بالعكس، والمذكور في الكتاب أوّلاً هو أن يصدقهما القاتل وحده وفيه الدية بينهم أثلاثاً لما ذكر في الكتب من التعليل، وأشار بقوله وحده إلى أنهما لو صدقاهما ضمن القاتل للشاهدين ثلثي الدية لا غير لأنهما ادّعيا على القاتل المال وصدقهما القاتل فيه، ولا شيء للمشهود عليه لأنه بتصديقه الشاهدين فيما شهدا أقرّا بالعفو فصار كما لو ثبت ذلك عياناً. وقوله: **(إن كذبهما)** أي كذبهما القاتل والمشهود عليه أيضاً **(فلا شيء للشاهدين وللمشهود عليه ثلث الدية)** لما ذكره في الكتاب. وقوله: **(وإن صدقهما المشهود عليه وحده)** يعني وكذبهما القاتل **(غرم القاتل للمشهود عليه ثلث الدية لإقراره له بذلك)** وفي بعض النسخ ولكنه يصرف ذلك إلى الشاهدين وهذا استحسان، والقياس أن لا يلزمه شيء لأن ما ادعاه الشاهدان على القاتل لم يثبت لإنكاره، وما أقرّ به القاتل للمشهود عليه قد بطل بتكذيبه. وجه الاستحسان أن القاتل بتكذيبه الشاهدين أقرّ للمشهود عليه بمثل الدية لزعمه أن القصاص سقط بدعواهما العفو عن الثالث وانقلب نصيبه مالاً والثالث لما صدق الشاهدين في العفو فقد زعم أن نصيبهما انقلب مالاً فصار مقراً لهما بما أقرّ به القاتل فيجوز قراره بذلك بمنزلة ما لو أقرّ لرجل بألف درهم فقال المقرّ له هذه الألف ليست لي ولكنها لفلان جاز وصار الألف لفلان، كذا هذا. قال: **(وإذا شهدا الشهود أنه ضربه)** صورة المسألة ظاهرة. وقوله: **(وإذا كان عمداً)** أقول: المصنف احترز

يكون تقدير قوله وإن كذبهما: أي المشهود عليه. وفي بعض النسخ: ومعناه إذا كذبهما المشهود عليه أيضاً وهو أصح انتهى. وجه الأصحية نبو مساق الكلام عن النسخة الأولى، فإنه عطف على قوله صدقهما القاتل الخ ومقابل له، والفاعل المذكور فيه هو القاتل، فالمضمر هنا يكون ذلك، وأيضاً ينبغي أن يقال حينئذٍ وله ثلث الدية دون الآخر تدبر **قوله: (وفي بعض النسخ، إلى قوله: وصار الألف لفلان كذا هذا)** أقول: إلى هنا ما في بعض النسخ قوله: **(وأقول: هذا ليس بوارد على صاحب الهداية الخ)** أقول: لكن يرد على المصنف أنه إذا كان جواب المسألة ما ذكره المجيب، وقد نص عليه الإمام خواهر زاده يكون التقييد بقوله إذا كان عمداً للاحتراز عن الخطإ مما يعد لغواً بل خطأ لإيهامه خلاف الواقع فتأمل.

وادّعيا انقلاب نصيبهما مالاً فلا يقبل إلا بحجة، وينقلب نصيب المشهود عليه مالاً لأن دعواهما العفو عليه وهو ينكر بمنزلة ابتداء العفو منهما في حق المشهود عليه، لأن سقوط القود مضاف إليهما، وإن صدّقهما المشهود عليه وحده غرم القاتل ثلث الدية للمشهود عليه لإقراره له بذلك. قال: **(وإذا شهد الشهود أنه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القود إذا كان عمداً)** لأن الثابت بالشهادة كالثابت معاينة، وفي ذلك القصاص على ما بيناه، والشهادة على قتل العمد تتحقق على هذا الوجه، لأن الموت بسبب الضرب إنما يعرف إذا صار بالضرب صاحب

فأصابه. وقالوا: كذا ذكر شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده. وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك السؤال والجواب. وأقول هذا ليس بوارد على صاحب الهداية لأنه أشار إليه بقوله إذا كان عمداً نعم يرد على عبارة الجامع الصغير ولهذا احترز عنه المصنف انتهى. وأنا أقول: نعم لا يرد على المصنف ذلك السؤال بعد ما قيد مسألة الجامع الصغير بقوله إذا كان عمداً، لكن يرد عليه أن يقال: ليس لهذا التقييد هاهنا وجه، لأنه إن أراد به أن وجوب القود في مسألة الجامع الصغير فيما إذا صرح الشهود بكون ضربه عمداً لا فيما إذا أطلقوا ضربه ولم يقيدوا بكونه عمداً فليس الأمر كذلك على ما ذكره شيخ الإسلام ونقل عنه شراح الكتاب، فإنه صريح في أن تصريح الشهود بذكر العمد ليس بلازم في وجوب القود في المسألة المذكورة، وإن لم يرد به ذلك بل كان معترفاً بما ذكره شيخ الإسلام فلا حاجة إلى تقييده المزبور بل لا وجه له كما لا يخفى قوله: **(والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لأن الثاني عمد والأول شبه العمد ويختلف أحكامهما)** أقول: لو قال بدل قوله المذكور والقتل بآلة غير القتل بآلة كما قال في الزمان والمكان لكان أجمل وأشمل. أما كونه أجمل فظاهر. وأما كونه أشمل فلأن الاختلاف في الذي كان به القتل غير منحصر في الاختلاف فيما يوجب الاختلاف في الأحكام كالعصا والسلاح، بل يعم الاختلاف في غير ذلك أيضاً كالسيف والرمح، فإن القتل بكل واحد منهما عمد يوجب القود، ومع ذلك لو قال أحد الشاهدين قتله بسيف وقال الآخر قتله برمح كانت شهادتها أيضاً باطلة، نص عليه الحاكم الشهيد في الكافي حيث قال: ولو شهد أحدهما أنه قتله بسيف وشهد الآخر أنه طعنه برمح أو شهد أحدهما أنه ضربه بسيف وشهد الآخر أنه رماه بسهم أو اختلفا في مكان القتل أو وقته أو مواضع الجراحة من بدنه فالشهادة باطلة انتهى قوله: **(ولأنه يحمل إجمالهم في الشهادة على إجمالهم بالمشهود عليه ستراً عليه)** فيه صنعة التجنيس التام كما في قوله تعالى ﴿ويوم تقوم الساعة يقسم المجرمون ما لبثوا غير ساعة﴾ الروم (٥٥) فالإجمال الأول هاهنا بمعنى الإبهام، والثاني بمعنى الصنيع وهو الإحسان. ثم إن كثيراً من الشراح قالوا قول المصنف هذا جواب عما يرد على وجه الاستحسان، وهو أن يقال: الشهود في قولهم لا ندري بأيّ شيء قتله إما صادقون أو كاذبون، وعلى كلا التقديرين ينبغي أن لا تقبل شهادتهم، لأنهم إن صدقوا امتنع القضاء بهذه الشهادة لاختلاف موجب السيف والعصا، وإن كذبوا صاروا فسقة وشهادة الفاسق لا تقبل. فقال في جوابه: إنهم جعلوا عالمين بأنه قتله بالسيف، لكنهم بقولهم لا ندري اختاروا حسبة الستر على القاتل وأحسنوا إليه

به عن الخطإ. ثم قال: **(وتأويله إذا شهدوا أنه ضربه بشيء جارح)** لأنه إذا لم يكن كذلك لا يجب القود عند أبي حنيفة كما تقدم. قيل الشهود شهدوا على الضرب بشيء جارح، ولكن قد يكون خطإ فكيف يثبت القود. وأجيب بأنهم لما شهدوا أنه ضربه بسلاح فقد شهدوا أنه قصد ضربه، لأنه لو كان مخطئاً لا يحل لهم أن يشهداو أنه ضربه، وإنما يشهدون أنه قصد ضرب غيره فأصابه. وأقول: هذا ليس بوارد على صاحب الهداية، لأنه أشار إليه بقوله إذا كان عمداً، نعم يرد على عبارة الجامع الصغير ولهذا احترز عنه المصنف وقوله: **(وإذا اختلف شاهدا القتل)** ظاهر، وقد تقدم في الشهادات أن اختلاف الشاهدين في الأموال يمنع عن الحكم بها ففي النفوس أولى. وقوله: **(لأن المطلق يغاير المقيد)** فإن المطلق يوجب الدية في ماله والمقيد بالعصا على العاقلة. وقوله: **(فإن شهدوا أنه قتله)** واضح. وقوله: **(لأن يحمل إجمالهم في الشهادة)** فيه صنعة التجنيس التام كما في قوله تعالى: ﴿ويوم تقوم الساعة يقسم المجرمون ما لبثوا غير ساعة﴾ الأول بمعنى الإبهام والثاني بمعنى الصنيع وهو

فراش حتى مات، وتأويله إذا شهدوا أنه ضربه بشيء جارح. قال: (**وإذا اختلف شاهدا القتل في الأيام أو في البلد أو في الذي كان به القتل فهو باطل**) لأن القتل لا يعاد ولا يكرّر، والقتل في زمان أو في مكان غير القتل في زمان أو مكان آخر، والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لأن الثاني عمد والأول شبه العمد، ويختلف أحكامهما فكان على كل قتل شهادة فرد (**وكذا إذا قال أحدهما قتله بعصا وقال الآخر ولا أدري بأيّ شيء قتله فهو باطل لأن المطلق يغاير المقيد**). قال: (**وإن شهد أنه قتله وقالا: لا ندري بأي شيء قتله ففيه الدية استحساناً**) والقياس أن لا تقبل هذه الشهادة لأن القتل يختلف باختلاف الآلة فجهل المشهود به. وجه الاستحسان أنهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل فيجب أقل موجبيه وهو الدية ولأنه يحمل إجمالهم في الشهادة على إجمالهم بالمشهود عليه ستراً عليه، وأوّلوا كذبهم في نفي العلم بظاهر ما ورد، بإطلاقه في إصلاح ذات البين وهذا في معناه، فلا يثبت الاختلاف

بالإحياء وجعل كذبهم معفوّاً عند الله تعالى لما جاء في الحديث «ليس بكذاب من يصلح بين اثنين»[1] فبتأويلهم كذبهم بهذا لم يكونوا فسقة فتقبل شهادتهم، وهو معنى قوله أوّلوا كذبهم بظاهر ما ورد بإطلاقه: أي بظاهر ما ورد بتجويز الكذب انتهى كلامهم. أقول: فيه نظر، إذ لا ورود لما ذكروه على وجه الاستحسان أصلاً حتى يرتكب المصنف لدفعه هذا المضيق، وذلك لأن ما ذكروه من المحذور في صورة إن صدق الشهود هو بعينه ما ذكره المصنف في وجه القياس في هذه المسألة، وقد حصل الجواب عنه في وجه الاستحسان الذي ذكره من قبل. توضيحه هو أنه لم تكن شهادة واحد منهم بالقتل بآلة وشهادة الآخر منهم بالقتل بآلة أخرى حتى يتحقق الاختلاف بينهم في الشهادة بناء على اختلاف الفعل باختلاف الآلة، بل كانت شهادة كل واحد منهم بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل، ولهذا وجب العمل به كما عرف في أصول الفقه فيحمل على الأقل المتيقن، فيجب أقل موجبيه وهو الدية فيحصل الاتفاق بينهم من هذا الوجه، فلا يتوجه أن يقال: إن صدق الشهود امتنع بالقضاء بشهادتهم لوقوع الاختلاف باختلاف الآلة. وأيضاً قول المصنف في ذيل هذا الكلام: فلا يثبت الاختلاف بالشك يأبى كون مراده بكلامه هذا هو الجواب عما ذكره هؤلاء الشراح، إذ يكون حاصل الجواب حينئذ اختيار أنهم كاذبون ومنع فسقهم بناء على تأويلهم كذبهم بما ورد في الحديث فلا يبقى الاحتياج إذ ذاك إلى قوله فلا يثبت الاختلاف بالشك، بل لا يكون له مساس بالجواب المذكور فيلزم أن يكون لغواً من الكلام. والحق عندي أن قول المصنف ولأنه يحمل إجمالهم في الشهادة إلخ وجه آخر للاستحسان يظهر تقريره وتطبيقه للمقام بأدنى تأمل صادق، ويخرج منه الجواب عن وجه آخر للقياس في هذه المسألة مذكور في الكافي وغيره، وهو أن الشهادة بالوجه المذكور غفلة من الشاهدين فلا تقبل قوله: (**وهذا في معناه**) قال جمهور الشراح: أي ستر الشاهد على المشهود عليه في معنى إصلاح ذات

الإحسان، وهو في الحقيقة جواب عما يرد على وجه الاستحسان، وهو أن يقال: الشهود في قولهم لا ندري بأيّ شيء قتله إما صادقون أو كاذبون لعدم الواسطة بين الصدق الكذب، وعلى كلا التقديرين يجب أن لا تقبل شهادتهم، لأنهم إن صدقوا امتنع القضاء بها لاختلاف موجب السيف والعصا، وإن كذبوا فكذلك لأنهم صاروا فسقة. ووجه ذلك أنهم جعلوا عالمين بأنه قتله بالسيف، لكنهم بقولهم لا ندري اختاروا حسبة الستر على القاتل وأحسنوا إليه بالإحياء وجعل كذبهم هذا معفواً عند الله لما جاء في الحديث «ليس كذاب من يصلح بين اثنين» فبتأويلهم كذبهم بهذا لم يكونوا فسقة فتقبل شهادتهم، وهو معنى

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٦٩٢ وفي الأدب المفرد ٣٨٥ ومسلم ٢٦٠٥ وأبو داود ٤٩٢٠ و ٤٩٢١ والترمذي ١٩٣٨ والطيالسي ١٦٥٦ وعبد الرزاق ٢٠١٩٦ وأحمد ٦/٤٠٣ ـ ٤٠٤ والطحاوي في المشكل ٤/٨٦ ـ ٨٧ وابن حبان ٥٧٣٣ والطبراني في الصغير ٢٨٢ والكبير ٢٥ (١٨٣) (١٨٤) والبيهقي ١٠/١٩٧ من طرق كلهم عن حميد بن عبد الرحمن بن عوف عن أمه أم كلثوم بنت عقبة أخبرته أنها سمعت النبي ﷺ يقول: ليس الكذّاب الذي يصلح بين الناس، فَيَنمي خيراً، أو يقول خيراً اهـ.
يَنمي: أي يبلغ. يقال: نميت الحديث أنميه إذاً بلغته على وجه الإصلاح، وطلب الخير، فإذا بلغته على وجه الإفساد، والنميمة. قلت: نمّيْتُهُ بالتشديد. قاله ابن حجر في الفتح نقلاً عن الجمهور اهـ وفي الباب أحاديث ذكرها الزيلعي في نصب الراية ٤/٣٥٤ ـ ٣٥٥.

بالشك، وتجب الدية في ماله لأن الأصل في الفعل العمد فلا يلزم العاقلة. قال: **(وإذا أقرّ رجلان كل واحد منهما أنه قتل فلاناً فقال الوليّ قتلتماه جميعاً فله أن يقتلهما، وإن شهدوا على رجل أنه قتل فلاناً وشهد آخرون على آخر بقتله وقال الوليّ قتلتماه جميعاً بطل ذلك كله)** والفرق أن الإقرار والشهادة يتناول كل واحد منهما وجود كل القتل ووجوب القصاص، وقد حصل التكذيب في الأولى من المقرّ له وفي الثانية من المشهود له، غير أن تكذيب المقرّ

البين بجامع أن العفو مندوب إليه هاهنا كما أن الإصلاح مندوب إليه هناك فكان ورود الحديث هناك وروداً هاهنا انتهى. أقول: فيه بحث، لأن المندوب إليه في باب القتل إنما هو عفو أولياء القتيل دون عفو الشهود، كيف ولو كان العفو حق الشهود لكان الأفضل لهم أن لا يشهدوا رأساً بما يتعلق بالقتل كما في الحدود فلزم أن لا يوجد الباعث على ارتكابهم الكذب في شهادتهم المذكورة هاهنا، بخلاف إصلاح ذات البين، فإنه قد يتوقف على ارتكاب الكذب فيرخص الكذب هناك. وقصد بعض الفضلاء توجيه كلامهم فقال: ينبغي أن يكون المراد بالعفو درء القصاص، وإلا فهو تلو الوجوب، فحيث لا وجوب للقصاص لا عفو عنه. ثم قال: والأظهر أن يقول بجامع أن الستر مندوب إليه انتهى. أقول: يرد على توجيهه أيضاً أن يقال: لو كان درء القصاص من غير شبهة مندوباً إليه وكان درؤه جائز للشهود بعد أن عاينوا القتل بجارح عمداً لكان عليهم أن لا يشهدوا بالقتل أصلاً، فلا يوجد ما يسوّغ ارتكابهم الكذب في طريق شهادتهم المذكورة هنا، ثم إن ورود هذا على ما عده أظهر هاهنا أظهر، إذ لو كان ستر القصاص مندوباً إليه لكان الأفضل للشهود أن يستروه طراً بأن يشهدوا بالقتل أصلاً كما في الحدود فلا وجه لارتكابهم الكذب قط تأمل ترشد قوله: **(فلا يثبت الاختلاف بالشك)** قال في العناية: يعني إذا احتمل أن يكونوا عالمين وأجملوا واحتمل أن لا يكونوا كذلك وقع الشك، والاختلاف لا يثبت بالشك انتهى. أقول: لقائل أن يقول: كما لا يثبت الاختلاف بالشك لا يثبت الاتفاق بذلك أيضاً، ومن شرائط قبول الشهادة اتفاق الشاهدين، فإذا لم يثبت الاتفاق فكيف يتصوّر القبول تدبر قوله: **(غير أن تكذيب المقرّ له في بعض ما أقرّ به لا يبطل إقراره في الباقي، وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته أصلاً)** قال صاحب الغاية: ففي هذه المسألة إذا أقرّ كل واحد منهما بالقتل فقد أقرّ كل واحد منهما بالإتلاف لجميع النفس وقد صدق الوليّ كل واحد منهما بإتلاف بعض النفس، والقصاص يجب بإتلاف البعض كما يجب بإتلاف الكل فلهذا كان له أن يقتلهما. وأما في الشهادة فلما كذب كل فريق في بعض الشهادة بطلت شهادتهما في الكل انتهى. وقال صاحب النهاية في بيان صورة الإقرار: لما أقرّ كل واحد منهما بالقتل صدق الوليّ بقوله قتلتماه كل واحد منهما في نصف القتل وكذبه في النصف، والتكذيب في نصف ما أقر به لا يبطل الإقرار، أما التكذيب في كل ما أقرّ به يبطل الإقرار لأنه حينئذ يكون ردّاً لإقراره. والإقرار يرتد بالرد انتهى. أقول: هذا الشرح والبيان من ذينك الشارحين مما لا يكاد يصح لما مر غير مرة أن القتل لا يتجزأ فكيف يتصوّر إتلاف بعض النفس ونصف القتل كما زعماه وبنيا عليه معنى المقام،

قوله: **(وأولوا كذبهم بظاهر ما ورد بإطلاقه)** أي بتجويز الكذب. وقوله: **(وهذا في معناه)** أي ستر الشاهد على المشهود عليه في معنى إصلاح ذات البين بجامع أن العفو مندوب إليه هاهنا، كما أن الإصلاح مندوب إليه هنالك، فكان ورود الحديث هنالك وروداً هاهنا، وقوله: **(فلا يثبت الاختلاف بالشك)** يعني إذا احتمل أن يكونوا عالمين وأجملوا واحتمل أن لا يكونوا كذلك وقع الشك، والاختلاف لا يثبت بالشك **(وتجب الدية في ماله لأن الأصل في الفعل العمد فلا يلزم العاقلة)** وقوله:

قوله: **(بجامع أن العفو مندوب إليه ها هنا الخ)** أقول: ينبغي أن يكون المراد بالعفو درء القصاص، وإلا فهو تلو الوجوب، فحيث لا وجوب للقصاص لا عفو منه. ويمكن أن يقرر هذا البحث بوجه آخر بأن يقال: إنه لا يكذب للعفو لأنه فرع وجوب القصاص، والأظهر أن يقول بجامع أن الستر مندوب إليه، أو يقال: هذا إصلاح معنى حيث يخلصه بهذا الكذب عن القتل الذي لا مضرة فوقه، وأي إصلاح يعادله، وأنت خبير إذا قيل مراده من العفو الدرء لا يدفع المحذور.

له المقر في بعض ما أقرّ به لا يبطل إقراره في الباقي، وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته أصلاً، لأن التكذيب تفسيق وفسق الشاهد يمنع القبول، أما فسق المقر لا يمنع صحة الإقرار.

وأيضاً قد مرّ أن الأصل عندنا فيما إذا قتل جماعة واحداً أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال، وبهذا الاعتبار يحصل التماثل بين الجماعة والواحد فيجب القصاص على الجميع فكيف يصح القول بوجوب القصاص بإتلاف بعض النفس ونصف القتل كما هو اللازم فيما نحن فيه على مقتضى تقريرهما. والصواب أن معنى المقام هو أن كل واحد منهما أقرّ بالقتل بانفراده، وقد صدّق الولي كل واحد منهما بقوله قتلتماه جميعاً في بعض ما أقرّ به وهو القتل، وكذبه في بعضه الآخر وهو انفراده، فعلى مقتضى أن تكذيب المقرّ له المقرّ في بعض ما أقرّ به لا يبطل إقراره في الباقي يؤاخذ كل واحد منهما بإقراره بالقتل فللولي أن يقتلهما جميعاً، وإن ردّ انفراد كل واحد منهما بالقتل ويصير كما إذا قتل جماعة واحداً عمداً حيث يقتص من جميعهم إجماعاً، بخلاف صورة الشهادة كما بين في الكتاب.

(وإذا أقرّ الرجلان الخ) مسألتان مبناهما على أن تكذيب المقرّ له المقرّ في بعض ما أقرّ به لا يبطل إقراره في الباقي، فإن من أقرّ بألف درهم وصدقه المقرّ له في النصف وكذبه في النصف يصح الإقرار فيما صدقه، وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما يشهد به يبطل شهادته أصلاً لكونه تفسيقاً له، وفسق الشاهد يمنع القبول، بخلاف فسق المقرّ وقيد بقوله في بعض ما أقرّ به لأنه إذا أكذبه في كل ما أقرّ به بطل الإقرار لأنه ردّ لإقراره، وعلى هذا لو قال المقرّ له بدل قوله قتلتماه صدقتما لم يكن له أن يقتل واحداً منهما لأن معنى قوله صدقتما معنى قوله صدقت لكل واحد منهما ومعناه أنت قتلت وحدك وفي ذلك تكذيب الآخر في الجميع وهو تكذيب لهما.

باب في اعتبار حالة القتل

قال: **(ومن رمى مسلماً فارتدّ المرمى إليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية عند أبي حنيفة، وقالا: لا شيء عليه)** لأنه بالارتداد أسقط تقوّم نفسه فيكون مبرئاً للرامي عن موجبه كما إذا أبرأه بعد الجرح قبل الموت. وله أن الضمان يجب بفعله وهو الرمي إذ لا فعل منه بعد فتعتبر حالة الرمي والمرمى إليه فيها متقوّم، ولهذا تعتبر حالة الرمي في حق الحل حتى لا يحرم بردة الرامي بعد الرمي، وكذا في حق التكفير حتى جاز بعد الجرح

باب في اعتبار حالة القتل

لما كانت الأحوال صفات لذويها ذكرها بعض ذكر نفس القتل وما يتعلق به كذا في الشروح قوله: **(وقالا: لا شيء عليه لأنه بالارتداد أسقط تقوّم نفسه فيكون مبرئاً للرامي عن موجبه)** قال في العناية: إلا أن أبا حنيفة رحمه الله يقول: إن قولهما إنه بالارتداد صار مبرئاً عن ضمان الجناية غير صحيح، لأن في اعتقاد المرتد أن الردة لا تبطل التقوم فكيف يصير مبرئاً عن ضمان الجناية، كذا في الجامع الصغير لقاضيخان والتمرتاشي والمحبوبي انتهى. أقول: لهما أن يقولا في الجواب عنه: إنا لا نريد بالإبراء في قولنا إنه بالارتداد صار مبرئاً حقيقة الإبراء، بل نريد بذلك الإبراء الحكمي لأنه بارتداده لما أسقط تقوم نفسه شرعاً أسقط حقه معنى، لأن ما لا تقوّم له لا ضمان له في الشرع فصار فعله في حكم الإبراء شرعاً سواء طابق اعتقاده أو لم يطابق، ولعل تفريع المصنف قوله فيكون مبرئاً للرامي عن موجبه على قوله لأنه بالارتداد أسقط تقوّم نفسه يومي إلى ما ذكرناه قوله: **(وقول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة رحمهما الله)** قلت: لعل وجه عدول المصنف ها هنا عن التحرير المألوف حيث لم يقل فيما قبل عند أبي حنيفة وأبي يوسف كما هو المعتاد نظائره، بل قال بعد بيان الخلاف بين أبي حنيفة ومحمد، وقول أبي يوسف مع أبي حنيفة رحمه الله هو أن كون أبي يوسف مع أبي حنيفة في هذه المسألة ليس مما اتفقت عليه الروايات، لأن الفقيه أبا الليث ذكر قول أبي يوسف مع محمد في شرح الجامع الصغير في هذه المسألة، وذكر فخر الإسلام البزدوي في

باب في اعتبار حالة القتل

لما كانت الأحوال صفات لذويها ذكرها بعد ذكر نفس القتل وما يتعلق به **(ومن رمى مسلماً فارتدّ المرمى إليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية لورثة المرتد عند أبي حنيفة. وقالا: لا شيء عليه لأنه بالارتداد أسقط تقوّم نفسه وذلك إبراء للضامن)** لأن من أخرج المتقوّم عن التقوّم سقط حقه كالمغصوب منه إذا أعتق المغصوب فإنه صار مبرئاً للغاصب عن الضمان بإسقاط حقه وصار به مبرئاً **(كما إذا أبرأه)** أي الرامي عن الجناية أو حقه **(بعد الجرح)** أي انعقاد سببه وهو الرامي قبل أن يصيبه السهم **(ولأبي حنيفة أن الضمان يجب بفعله وهوالرمي إذ لا فعل منه بعده)** وما هو كذلك فالمعتبر فيه وقت الفعل كالغصب **(فيعتبر حالة الرمي والمرمى إليه فيها متقوّم)** واستوضح اعتبار وقت الرمي بما إذا رمى صيداً ثم ارتد والعياذ بالله ثم

باب في اعتبار حالة القتل

قال المصنف: **(وقالا: لا شيء عليه)** أقول: قال الكاكي: وبه قالت الأئمة الثلاثة، لأن التلف حصل في محل لا عصمة له فيكون هدراً كما لو جرحه ثم ارتد ثم مات، وكما لو أبرأه بعد الجرح: أي عن الجناية أو حقه، وكما لو أبرأه عن حقه أو الجناية ثم أصابه السهم، وكما لو أعتق المالك العبد المغصوب يصير مبرئاً للغاصب عن الضمان كذا ذكره في جامع صدر الإسلام انتهى. وفي شرح شاهان: وبخلاف ما إذا ارتد بعد الجرح، لأن عدم وجوب الضمان باعتبار أن الارتداد قاطع للسراية كالعتق لا باعتبار أنه صار مبرئاً انتهى قال المصنف: **(لأنه بالارتداد أسقط تقوم نفسه فيكون مبرئاً)** أقول: قال الإتقاني: هذا لا يصح لأن عنده: يعني عند المرتد أن الردة لا تبطل التقوم فكيف يكون مبرئاً عن ضمان الجناية، كذا ذكره قاضيخان انتهى. وفيه بحث قال المصنف: **(كما إذا أبرأه)** أقول: أي بالارتداد، فإنه إذا ارتد بعد الجرح قبل الموت لا تجب الدية، ويجوز أن يكون المراد بالإبراء العفو، لكن الأول أنسب للمقام قوله: **(أو حقه بعد الجرح الخ)** أقول: لا تمس الحاجة إلى إخراج الكلام عن ظاهره هنا، فإنه على ظاهره يصح أن يكون مقيساً عليه لصورة النزاع، بخلاف ما في دليل أبي حنيفة رحمه الله تعالى من قوله حتى جاز بعد الجرح قبل الموت كما لا يخفى قوله: **(أي انعقاد سببه وهو الرمي قبل أن يصيبه السهم)** أقول: فيه شيء قال المصنف: **(ولو رمى إليه وهو مرتد فأسلم ثم وقع به السهم فلا شيء عليه في قولهم جميعاً)** أقول: قال الكاكي في معراج الدارية: أي في قول أصحابنا. وقال الشافعي وأحمد: يجب عليه في المرتد والحربي إذا أصابهما الرمية

قبل الموت، والفعل وإن كان عمداً فالقود سقط للشبهة ووجبت الدية **(ولو رمى إليه وهو مرتد فأسلم ثم وقع به السهم فلا شيء عليه في قولهم جميعاً، وكذا إذا رمى حربياً فأسلم)** لأن الرمي ما انعقد موجباً للضمان لعدم تقوّم المحل فلا ينقلب موجباً لصيرورته متقوّماً بعد ذلك. قال: **(وإن رمى عبداً فأعتقه مولاه ثم وقع السهم به فعليه قيمته للمولى)** عند أبي حنيفة. وقال محمد: عليه فضل ما بين قيمته مرمياً إلى غير مرميّ، وقول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة. له أن العتق قاطع للسراية، وإذا انقطعت بقي مجرد الرمي وهو جناية يتنقص بها قيمة المرمى إليه بالإضافة

شرحه قوله مع أبي حنيفة كما بين في غاية البيان. فلو قال المصنف في أول المسألة عند أبي حنيفة وأبي يوسف لفهم منه اتفاق الروايات عليه بناء على ما هو المألوف في نظائره فغير الأسلوب إشارة إلى أن فيه اختلاف الرواية وأن المختار عنده كون قوله مع أبي حنيفة قوله: **(ولهما أنه يصير قاتلاً من وقت الرمي لأن فعله الرمي وهو مملوك في تلك الحالة فتجب قيمته)** قال الشراح: مرّ أبو حنيفة في هذه المسألة على أصله، وأبو يوسف فرّق بين هذه وبين ما تقدم. ووجه الفرق أن المرمي إليه خرج بالارتداد من أن يكون معصوماً فصار مبرأ عن الجناية، إذ الضمان يعتمد والردّة تنافيها. وأما الإعتاق فإنه لا ينافي العصمة فيجب عليه ضمان قيمته للمولى انتهى. أقول: في وجه الفرق نظر، لأن الإعتاق وإن لم يناف العصمة إلا أنه ينافي كون المحل مالاً متقوماً فينبغي أن يصير المولى أيضا مبرأ عن ضمان قيمة العبد المرمى إليه بإعتاقه إياه قبل الإصابة، لأن ضمان القيمة إنما يتصوّر فيما هو مال متقوّم، ولما أخرجه المولى بالإعتاق من أن يكون مالاً متقوما فقد أسقط حقه في قيمته، ألا يرى أن المغصوب منه إذا أعتق العبد المغصوب صار مبرئاً للغاصب عن الضمان بإسقاط حقه بالإجماع كما صرّحوا به فلم لم يكن الأمر كذلك فيما نحن فيه؟ ثم إن صاحب العناية بعد أن ذكر الفرق المزبور من قبل أبي يوسف قال: ومن هذا يعلم أن أبا يوسف يعتبر وقت الرمي إلا في صورة الارتداد انتهى. أقول: ليس هذا بسديد، لأنه مع كونه ظاهر الفساد إذ لو لم يعتبر أبو يوسف وقت الرمي في صورة الارتداد لما صح منه القول بأنه صار بالارتداد مبرأ عن الضمان، فإن الإبراء إنما يصح بعد انعقاد السبب مخالف لما صرح به كبار المشايخ في شروح الجامع الصغير كما ذكر في النهاية ومعراج الدراية،

أصاب فإن ردته بعد الرمي لا تحرم لأن فعله ذكاة شرعاً وقد تمّ راجياً للحل بشرطه وهو التسمية، وبما إذا كانت الجناية خطأ فكفر بعد الرمي قبل الإصابة فإنه صحيح، وهذه العبارة أنسب مما قاله المصنف حتى جاز بعد الجرح قبل الموت لإمكان اعتبار وقت الإصابة هناك. فإن قيل: فإن قيل: إن كان ما ذكرتم صحيحاً بجميع مقدماته والفعل عمد فالواجب القصاص. أجاب بقوله: **(والفعل وإن كان عمداً فالقود يسقط بالشبهة)** يعني الشبهة الناشئة من اعتبار حالة الإصابة **(ووجبت الدية)** أي في ماله، ولو كانت المسألة بالعكس فلا شيء في قولهم جميعاً **(وكذا إذا رمى حربياً فأسلم)** ثم وقع به السهم **(لأن الرمي ما انعقد موجباً للضمان لعدم تقوّم المحل فلاينقلب موجباً لصيرورته متقوّماً بعد ذلك)** ونوقض بما إذا رمى إلى صيد في الحل فدخل الحرم ثم أصابه السهم فمات وجب الجزاء على الرامي. وأجيب بأن جزاء صيد الحرم لا يختص بالفعل ولهذا يجب بدلالة المحرم وإشارته وهذا لا يكون أقل من ذلك. **(وإن رمى عبداً فأعتقه مولاه ثم وقع به السهم فعليه قيمته للمولى عند أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف. وقال محمد: عليه فضل ما بين قيمته مرمياً إلى غير مرمي)** حتى لو كانت قيمته قبل الرمي ألف درهم وبعده ثمانمائة درهم لزمه مائتا درهم، لأن العتق قاطع للسراية لاشتباه من له الحق، لأن المستحق حالة ابتداء الجناية المولى

بعد إسلامهما الدية، لأن الاعتبار بحالة الإصابة، إذ الرمي سبب والإصابة جناية، والاعتبار بحالة الجناية، كما لو حفر بئر الحربي فوقع فيها بعد إسلامه. وقلنا: إن الرمي لم ينعقد موجباً للضمان، لأن المرمي غير متقوم وإن أصابه متقوماً بعده، وإن أصحابنا اعتبروا حالة الرمي كما في هذه المسألة، وكذا مسألة الرجم على ما سيجيء، وكذا في مسألة الذمي ثم تمجس، وكذا في مسألة المحرم، إلا أنهما يقولان في مسألة رمي مسلماً فارتد أنه بالارتداد يصير مبرئاً للرامي عن الضمان ولهذا قالوا: يصير بالارتداد مبرأ، والإبراء إنما يصح بعد انعقاد السبب، وأبو حنيفة رحمه الله يقول: بالارتداد لا يصير مبرأ لأن عنده الردة لا تبطل التقوم فكيف يصير مبرئاً عن الضمان، كذا في جامع قاضيخان والتمرتاشي والمحبوبي، إلى هنا كلام العلامة الكاكي، إلا أن قول المصنف فيعتبر حالة الرمي ينبو عن ذلك بعض نبوة قوله: **(ومن هذا يعلم أن أبا يوسف يعتبر وقت الرمي إلا في صورة الارتداد)** أقول: المعتبر فيها أيضاً عنده وقت الرمي فيها، لكنه يقول: صار بالارتداد مبرأ عن الضمان ولو لم يكن المعتبر وقت الرمي فيها لم يصح قوله صار مبرأ، فإن الإبراء بعد تحقق السبب وانعقاده.

إلى ما قبل الرمي فيجب ذلك. ولهما أنه يصير قاتلاً من وقت الرمي لأن فعله الرمي وهو مملوك في تلك الحالة فتجب قيمته، بخلاف القطع والجرح لأنه إتلاف بعض المحل، وأنه يوجب الضمان للمولى، وبعد السراية لو وجب شيء لوجب للعبد فتصير النهاية مخالفة للبداية. أما الرمي قبل الإصابة ليس بإتلاف شيء منه لأنه لا أثر له في المحل. وإنما قلت الرغبات فيه فلا يجب به ضمان فلا تتخالف النهاية والبداية فتجب قيمته للمولى. وزفر وإن كان يخالفنا في وجوب القيمة نظراً إلى حالة الإصابة فالحجة عليه ما حققناه. قال: **(ومن قضي عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجع أحد الشهود ثم وقع به الحجر فلا شيء على الرامي)** لأن المعتبر حالة الرمي وهو مباح الدم فيها **(وإذا رمى المجوسي صيداً ثم أسلم ثم وقعت الرمية بالصيد لم يؤكل، وإن رماه وهو مسلم ثم تمجس والعياذ بالله أكل)** لأن المعتبر حال الرمي في حق الحلّ والحرمة إذ الرمي هو الذكاة فتعتبر الأهلية وانسلابها عنده. **(ولو رمى المحرم صيداً ثم حلّ فوقعت الرمية بالصيد فعليه الجزاء، وإن رمى حلال صيداً ثم أحرم فلا شيء عليه)** لأن الضمان إنما يجب بالتعدّي وهو رميه في حالة الإحرام، وفي الأوّل هو محرم وقت الرمي وفي الثاني حلال فلهذا افترقا.

فإنه قال في النهاية: وهما يقولان بقول أبي حنيفة في أن المعتبر حالة الرمي ولهذا وافقاه في هذه المسائل: يعني المسائل الآتية في الكتاب ونظائرها، إلا أن المرمي إليه في مسألتنا لما ارتدّ صار مبرئا للرامي عن الدية بإخراجه نفسه من أن يكون معصوماً وفعله معتبر في إسقاط حقه، كما إذا أبرأ المغصوب منه الغاصب بإعتاق المغصوب على ما ذكرنا، إلا أن أبا حنيفة يقول: إن قولهما إنه بالارتداد مبرأ عن ضمان الجناية غير صحيح، لأن في اعتقاد المرتد أن الردة لا تبطل التقوم فكيف يصير مبرأ عن ضمان الجناية، كذا في الجامع الصغير لقاضيخان والتمرتاشي والمحبوبي انتهى. وقال في معراج الدراية: وأصحابنا اعتبروا حالة الرمي كما في هذه المسألة، وكذا مسألة الرجم على ما يجيء، وكذا في مسألة الرمي ثم تمجس، وكذا في مسألة المحرم على ما سيجيء، إلا أنهما يقولان في مسئلة إن رمى مسلماً فارتد أنه بالارتداد يصير مبرئا للرامي عن الضمان، ولهذا قالا: يصير بالارتداد مبرأ، والإبراء إنما يصح بعد انعقاد السبب، وأبو حنيفة يقول بالارتداد لا يصير مبرأ، لأن في اعتقاد المرتد أن الردة لا تبطل التقوّم فكيف يصير مبرأ عن الضمان. كذا في جامع قاضيخان والتمرتاشي والمحبوبي انتهى قوله: **(أما الرمي قبل الإصابة ليس بإتلاف شيء لأنه لا أثر له في المحل)** أقول: لمتوهم أن يتوهم أن هذا الكلام ينافي ما قاله في صدر دليلهما من أنه يصير قاتلاً من وقت الرمي، فإن القتل لا يتصوّر بدون إتلاف شيء من المقتول. والجواب أن معنى ما قاله في صدر دليلهما هو أنه يصير بمنزلة القاتل من وقت الرمي من جهة استناد الحكم إلى وقت الرمي عند الاتصال بالمحل، وقد أشار إليه صاحب الغاية بقوله هنا: وإنما انقلب الرمي علة للإتلاف عند الاتصال بالمحل بطريق استناد الحكم إلى وقت الرمي فكأنه وجد من ذلك الوقت انتهى.

وحال الإصابة العبد لحريته، فصار العتق بمنزلة البرء كما إذا قطع يد عبد أو جرحه ثم أعتقه المولى ثم سرى فإن العتق يقطع السراية حتى لا يجب بعد العتق شيء من الدية والقيمة وإنما يضمن النقصان. وإذا انقطعت السراية بقي مجرد الرمي وهي جناية تنتقص بها قيمة المرمي إليه بالإضافة إلى ما قبل الرمي فيجب ذلك: أي فضل ما بين قيمته مرمياً إلى غير مرمي. ولهما أنه يصير قاتلاً إلى آخر ما في الكتاب وهو ظاهر على مذهب أبي حنيفة، وأبي يوسف يحتاج إلى الفرق بين هذه وبين ما إذا رمى مسلماً فارتدّ والعياذ بالله قبل الإصابة حيث اعتبر هناك حالة الإصابة وها هنا حالة الرمي، وهو أن المرمي إليه خرج بالارتداد من أن يكون معصوماً والضمان يعتمد العصمة فلا يجب الضمان بالمنافي. وأما الإعتاق فإنه لا ينافي العصمة فيجب عليه ضمان قيمته للمولى، ومن هذا يعلم أن أبا يوسف يعتبر وقت الرمي إلا في صورة الارتداد وقوله: **(بخلاف القطع والجرح)** جواب عما ذكرنا لمحمد من صورة الجرح والقطع استشهاداً على قطع السراية؛ وتحقيقه أن العتق فيهما يوجب قطع السراية لاختلاف نهاية الجناية وبدايتها، فإن ذلك بمنزلة تبدل المحل ولا نسلم تحققه في المتنازع فيه، لأن الرمي قبل الإصابة ليس بإتلاف شيء منه لعدم أثر منه في المحل، وإنما تقل به الرغبات فلم يخالف الانتهاء الابتداء، فتجب قيمته للمولى. وزفر وإن كان يخالفنا في وجوب القيمة يعني ويقول بالدية نظراً إلى حالة الإصابة فالحجة عليه ما حققناه، والباقي ظاهر الخ، والله سبحانه وتعالى أعلم.

كتاب الديات

قال: (وفي شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل) وقد بيناه في أوّل الجنايات. قال: (وكفارته عتق رقبة مؤمنه) لقوله تعالى ﴿فتحرير رقبة مؤمنه﴾ الآية (فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين) بهذا النص (ولا

كتاب الديات

قال الشراح: ذكر الديات بعد الجنايات ظاهر المناسبة، لما أن الدية إحدى موجبي الجناية في الآدمي المشروعين صيانة، لكن القصاص أشد صيانة فقدم انتهى. أقول: يرد على ظاهر هذا الوجه أنه إنما يقتضي أن يذكر الديات في كتاب الجنايات كالقصاص بأن يوضع لكل واحد منهما باب مستقل من كتاب الجنايات لكون كل منهما موجب الجنايات، لا أن يجعل الديات كتاباً على حدة كما هو الواقع في الكتاب: والجواب أن مقصودهم هنا بيان وجه مناسبة ذكر الديات بعد ذكر الجنايات، وهذا المقصود يحصل بما ذكروه قطعاً، وأما جعل الديات كتاباً على حدة دون باب من أبواب الجنايات فله وجه آخر لم يذكروه أصالة، وهو أنه لما كثرت مسائل الديات ومباحثها استحقت أن يجعل كتاباً على حدة ككتاب الطهارات بالنسبة إلى سائر شروط الصلاة وكتاب الصرف بالنسبة إلى سائر أنواع البيع. ثم اعلم أن ما وقع في الكتاب وضع القدوري في مختصره، وأما الشيخ أبو الحسن الكرخي فقدم في مختصره كتاب الديات على كتاب الجنايات. والشيخ أبو جعفر الطحاوي قدم القصاص على الديات، ولكن جعلهما في كتاب واحد وترجم الكتاب بكتاب القصاص والديات، والإمام محمد رحمه الله ذكر أحكام الجنايات في كتاب الديات ولم يسم كتاب الجنايات أصلاً، لأن عامة أحكام الجنايات هي الديات، فإن القصاص لا يجب إلا بالعمد المحض والدية تجب في شبه العمد، وفي الخطأ وفي شبه الخطأ، وفي القتل بسبب، وفي العمد أيضاً إذا تمكن فيه الشبهة فرجح جانب الدية في نسبة الكتاب إليها، ثم إن الدية مصدر ودى القاتل المقتول إذا أعطى وليه المال الذي هو بدل النفس، ثم قبل لذلك المال الدية تسمية بالمصدر، كذا ذكر في المغرب وعامة الشروح. قال في القاموس: الدية بالكسر: حق القتيل جمعها ديات. وقال في الصحاح: وديت القتيل أديه دية: إذا أعطيت ديته. وقال في

كتاب الديات

ذكر الديات بعد الجنايات ظاهر المناسبة لما أن الدية إحدى موجبي الجناية المشروعين للصيانة، لكن القصاص أشدّ صيانة فقدم، ومحاسنها محاسن القصاص، والدية مصدر من ودى القاتل المقتول إذا أعطى وليه المال الذي هو بدل النفس كالعدة من وعد. قال: (وفي شبه العمد دية مغلظة) شبه العمد قد تقدم معنا. وحكمه الدية المغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل، وقد بيناه في أول الجنايات (وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى: ﴿فتحرير رقبة مؤمنة﴾) إلى قوله تعالى: ﴿فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين﴾ الآية، وهو نص في كونها بالتحرير أو الصوم فقط (فلا يجزىء فيه الإطعام لأنه لم يرد به نص، والمقادير تعرف بالتوقيف) وقوله: (ولأنه جعل المذكور كل الواجب) استدلال من الآية بوجهين آخرين: أحدهما بالنظر إلى الفاء، وذلك لأن الواقع بعد فاء الجزاء يجب أن يكون كل الجزاء، إذ لو لم يكن كذلك لالتبس فلا يعلم أنه هو الجزاء أو بقي منه شيء ومثله مخل؛ ألا ترى أنه لو قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق وفي نيته أن يقول وعبدي حرّ ولكنه لم يقل لا يكون الجزاء إلا المذكور لئلا يختل الفهم والآخر بالنظر إلى المذكور: يعني لو كان الغير مراداً لذكره لأنه موضع الحاجة

كتاب الديات

قال الزيلعي: الدية هي اسم للمال الذي هو بدل النفس، ومصدر يقال ودى القاتل المقتول دية: إذا أعطى وليه ذلك، سمى ذلك المال بالدية تسمية للمفهول بالمصدر انتهى. والأولى أن يقال: الدية هي المال الواجب بالجناية في نفس أو طرف قوله: (لما أن الدية إحدى موجبي الجناية المشروعين للصيانة) أقول: فإن قيل: إذا كانت الدية إحدى موجبيها ينبغي أن نذكر في كتابها في باب مستقل ولا تجعل كتاباً على حدة. قلنا: نعم، إلا أنه نظر إلى عموم مباحثها وعموم مواردها وكثرة الاختلافات فيها، ولهذا عنون محمد كتاب الجنايات بكتاب الديات، وذكر أحكام الجنايات فيها من القصاص وغيره.

يجزىء فيه الإطعام) لأنه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف، ولأنه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء،

الكافي: الدية المال الذي هو بدل النفس، والأرش اسم للواجب على ما دون النفس انتهى. **أقول**: الظاهر من هذه المذكورات كلها أن تكون الدية مختصة بما هو بدل النفس، وينافيه ما سيجيء في الفصل الآتي من أن في المارن الدية وفي اللسان الدية وفي اللحية الدية وفي شعر الرأس الدية وفي الحاجبين الدية وفي العينين الدية وفي اليدين الدية وفي الذكر الدية وفي الرجلين الدية إلى غير ذلك من المسائل التي أطلقت الدية فيها على ما هو بدل ما دون النفس، وكذا ما ورد في الحديث وهو ما روى سعيد بن المسيب رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال «وفي النفس الدية، وفي اللسان الدية، وفي المارن الدية»[1] وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله ﷺ لعمرو بن حزم رضي الله عنه كما سيأتي[2]. فالأظهر في تفسير الدية ما ذكره صاحب الغاية آخراً، فإنه بعد أن ذكر مثل ما ذكر في المغرب وعامة الشروح قال: والدية اسم لضمان يجب بمقابلة الآدمي أو طرف منه، سمي بها لأنها تودى عادة، لأنه قلما يجري فيه العفو لعظم حرمة الآدمي انتهى قوله: **(قوله وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى ﴿فتحرير رقبة مؤمنة﴾ النساء الآية (٩٢) فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين بهذا النص)** قال صاحب العناية في شرح هذا المقام: وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى ﴿فتحرير رقبة مؤمنة﴾ إلى قوله ﴿فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين﴾ النساء الآية (٩٢)، وهو نص في كونها بالتحرير أو الصوم فقط فلا يجزىء فيه الإطعام لأنه لم يرد به نص، والمقادير تعرف بالتوفيق انتهى. **أقول**: أخل الشارح المذكور بحق المقام في تحريره هذا. أما أولاً فلأنه خص بالذكر في بيان كفارة شبه العمد عتق رقبة مؤمنة، وجعل قوله تعالى: ﴿فتحرير رقبة مؤمنة﴾ إلى قوله ﴿فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين﴾ النساء (٩٢) دليلاً عليه، فقد قصر في البيان حيث لم يذكر كون كفارته شهرين متتابعين إذا لم يجد رقبة مؤمنة، ولم يصب في سوق الدليل حيث جعل الدليل على كون كفارته عتق رقبة مؤمنة مجموع قوله تعالى ﴿فتحرير رقبة مؤمنة﴾ إلى قوله ﴿فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين﴾ مع أن الدليل عليه قوله تعالى ﴿فتحرير رقبة مؤمنة﴾ النساء (٩٢) وحده، وإنما قوله تعالى ﴿فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين﴾ النساء (٩٢) دليل على القسم الآخر من كفارته الذي لم يذكره في المدعي، بخلاف تحرير المصنف بإنه بين كل واحد من قسمي كفارته على ترتيبهما حيث قال: وكفارته عتق رقبة مؤمنة، ثم قال: فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين. واستدل على كل واحد منهما بدليل مستقل حيث قال: في تعليل الأول لقوله تعالى ﴿فتحرير رقبة مؤمنة﴾ النساء (٩٢)، ولم يذكر آخر الآية. وقال في تعليل الثاني بهذا النص: أي بآخر هذا النص وهو قوله تعالى ﴿فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين﴾ النساء (٩٢). وأما ثانياً فلأنه قال: وهو نص في كونها بالتحرير أو الصوم فقط، وفرّع عليه قوله فلا يجزىء فيه الإطعام، فإن كان مدار قيد فقط في قوله وهو نص في كونها بالتحرير أو الصوم فقط وكذا مدار التفريع في قوله فلا يجزىء فيه الإطعام، على أن تخصيص التحرير. والصوم بالذكر في الآية يدل على نفي ما عداهما كان ذلك قولاً بمفهوم المخالفة، وهو

إلى البيان، والسكوت في موضع الحاجة إلى البيان بيان **(على ما عرف)** يعني في أصول الفقه **(ويجزيه رضيع أحد أبويه مسلم)** لأن شرط هذا الإعتاق الإسلام وسلامة الأطراف، والأول يحصل بإسلام أحد الأبوين والثاني بالظهور، وإذ الظاهر سلامة أطرافه، ولا يجزيه ما في البطن لأنه لم تعرف حياته ولا سلامته. قال: **(وهو الكفارة في الخطإ لما تلونا)** يعني قوله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة﴾ **(وديته)** أي دية شبه العمد **(عند أبي حنيفة وأبي يوسف مائة من الإبل أرباعاً: خمس وعشرون بنت مخاض، وخمس وعشرون بنت لبون، وخمس وعشرون حقة، وخمس وعشرون جذعة)** ولم يذكر في بعض نسخ الهداية قول أبي يوسف مع أبي حنيفة وهو مخالف لرواية عامة الكتب وقال محمد والشافعي: **(ثلاثون**

---

(١) مرسل ابن المسيب هذا غريب. قال الزيلعي في نصب الراية ٤/٣٦٩: لم أجده.
وكذا قال ابن حجر في الدراية ٢/٢٧٦.

(٢) كتاب عمرو بن حزم سيأتي.

أو لكونه كل المذكور على ما عرف **(ويجزئه رضيع أحد أبويه مسلم)** لأنه مسلم به والظاهر بسلامة أطرافه **(ولا يجزىء ما في البطن)** لأنه لا تعرف حياته ولا سلامته. قال: **(وهو الكفارة في الخطإ)** لما تلوناه **(وديته عند أبي حنيفة وأبي يوسف مائة من الإبل أرباعاً: خمس وعشرون بنت مخاض، وخمس وعشرون بنت لبون، وخمس وعشرون حقة، وخمس وعشرون جذعة)** وقال محمد والشافعي أثلاثاً: ثلاثون جذعة وثلاثون حقة، وأربعون ثنية، كلها خلفات في بطونها أولادها، لقوله عليه الصلاة والسلام «ألا إن قتيل خطإ العمد قتيل السوط والعصا، وفيه مائة

ليس بحجة عندنا، وإن كان مدارهما على ما ذكره المصنف فيما بعد من الاستدلال بالآية المذكورة على عدم إجزاء الإطعام بوجهين آخرين، وهما قوله ولأنه جعل المذكور كل الوجب بحرف الفاء، وقوله أو لكونه كل المذكور على ما عرف كان قوله لأنه لم يرد به نص الخ بعد تفريع عدم إجزاء الإطعام على ما قبله كلاماً مختلاً، إذ يكون المفرّع عليه إذ ذاك دليلاً على المفرع فيصير قوله فلا يجزىء فيه الإطعام من قبيل تفريع المدعي على الدليل فلا جرم يصير قوله لأنه لم يرد به نص الخ دليلاً آخر على ذلك المدعي فيجب فيه زيادة واو العطف بأن يقال ولأنه لم يرد به نص الخ كما لا يخفى على من له دربة بأساليب الكلام، بخلاف تحرير المصنف فإنه جعل قوله ولا يجزىء فيه الإطعام كلاماً مبتدأ مطلوباً بالبيان على الاستقلال، واستدل عليه بوجوه ثلاثة كما ترى فلا غبار في أسلوب تحريره أصلاً قوله: **(ولأنه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء)** قال الشراح: يعني أن الواقع بعد فاء الجزاء يجب أن يكون كل الجزاء، إذ لم يكن كذلك لالتبس فلا يعلم أنه هو الجزاء أو بقي منه شيء ومثله مخل انتهى. أقول: يشكل هذا بالحرمان عن الميراث فإنه جزاء القتل أيضاً في العمد وشبهه والخطأ وشبهه كما مرّ في أول كتاب الجنايات مع أنه ليس بداخل في الواقع بعد فاء الجزاء في الآية المذكورة فليتأمل قوله: **(أو لكونه كل المذكور على ما عرف)** يعني لو كان الغير مراداً لذكره لأنه موضع الحاجة إلى البيان، وحيث لم يذكر دل أنه غير مراد لأن السكوت عن البيان في موضع الحاجة إلى البيان بيان كما عرف في أصول الفقه، كذا في الشروح كلها. قال صاحب الكفاية بعد ذلك: لا يقال: إن السكوت لا يدل على أن المذكور كل الواجب لقول النبي عليه الصلاة والسلام «ألا إن قتيل خطأ العمد

جذعة، وثلاثون حقة، **وأربعون ثنية كلها خلفات في بطونها أولادها)** والخلفات جمع خلفة: وهي الحوامل من النوق، فقوله في بطونها أولادها صفة كاشفة، والضمير في كلها للثنية، واستدلا بقوله ﷺ «ألا إن قتيل خطإ العمد قتيل السوط والعصا، وفيه مائة من الإبل أربعون منها في بطونها أولادها» **(ولأن دية شبه العمد أغلظ)** يعني من دية الخطإ المحض. فإن الإبل فيه تجب أخماساً **(وذلك)** أي كونه أغلظ **(فيما قلنا)** لأنا نقول أثلاثاً وأنتم تقولون أرباعاً **(ولأبي حنيفة وأبي يوسف قوله ﷺ «في نفس المؤمن مائة من الإبل»)** ووجه الاستدلال به أن الثابت منه عليه الصلاة والسلام وليس فيه دلالة على صفة من التغليظ ولا بد منه بالإجماع، وما روياه غير ثابت لاختلاف الصحابة في صفة التغليظ، فإن عمر وزيداً وغيرهما قالوا مثل ما قالا، وقال عليّ: تجب أثلاثاً ثلاث وثلاثون حقة، وثلاث وثلاثون جذعة، وأربع وثلاثون خلفة. وقال ابن مسعود بمثل ما قلنا أرباعاً، والرأي لا مدخل له في التقادير فكان كالمرفوع ويصير معارضاً لما روياه، وإذا تعارضا كان الأخذ بالمتيقن أولى. وقوله: **(ولا يثبت التغليظ إلا في الإبل خاصة)** يعني لا يزاد في الدراهم والدنانير على عشرة الألف درهم أو ألف دينار. وقال سفيان الثوري والحسن بن صالح: تغلظ في النوعين الآخرين: أي الدراهم والدنانير بأن ينظر إلى قيمة أسنان الإبل في دية الخطإ وإلى قيمة أسنان الإبل في شبه العمد، فما زاد على أسنان دية الخطإ يزاد على عشرة آلاف درهم إن كان الرجل من أهل الورق، ويزاد على ألف دينار إن كان من أهل الذهب، لأن التغليظ في شبه العمد شرع في الإبل بزيادة جناية وجدت منه ولم توجد في الخطإ وهذا المعنى موجود في الحجرين فيجب التغليظ فيهما. ولنا ما ذكره في الكتاب أن التغليظ في الإبل ثبت

قال المصنف: **(وديته عند أبي حيفة رحمه الله تعالى)** أقول: قال الكاكي: الاقتصار على قول أبي حنيفة مخالف لعامة روايات الكتب من المباسط والجوامع والأسرار والإيضاح، فإن المذكور فيها عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وكتب في بعض النسخ عند أبي حنيفة وأبي يوسف موافقاً لعامة الروايات انتهى. يشهد لها قوله ولهما حين شرع في تقرير دليلهما قوله **(ذلك: أي كونه أغلظ فيما قلنا، لأنا نقول أثلاثاً وأنتم تقولون أرباعاً)** أقول: يعني والأول أكمل في الغلظة.

من الإبل أربعون منها في بطونها أولادها»[١] وعن عمر رضي الله عنه: ثلاثون حقة وثلاثون جذعة، ولأن دية شبه العمد أغلظ وذلك فيما قلنا. ولهما قوله عليه الصلاة والسلام «في نفس المؤمن مائة من الإبل»[٢] وما روياه[٣] غير ثابت لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في صفة التغليظ، وابن مسعود رضي الله عنه قال بالتغليظ أرباعاً[٤] كما ذكرنا وهو كالمرفوع فيعارض به. قال: (ولا يثبت التغليظ إلا في الإبل خاصة) لأن التوقيف فيه، فإن قضى بالدية

قتيل السوط والعصا. وفيه مائة من الإبل» ولم يذكر فيه الكفارة، ومع ذلك قلتم بوجوب الكفارة، لأنا نقول: ثمة وجد بيان بنص آخر؛ أو نقول: لا نسلم، فإنه قال الجرجاني: وجدت رواية عن أصحابنا أن الكفارة لا تجب في شبه العمد انتهى. أقول: في كل من جوابيه نظر. أما في الأول فلأن التشبث بوجود نص آخر في مادة النقض وعدم وجوده فيما نحن فيه مصير إلى الاستدلال بالوجه الأول الذي ذكره المصنف بقوله لأنه لم يرد به نص فيلزم أن لا يكون هذا الوجه الذي هو مورد السؤال دليلاً مستقلاً، بل يلزم أن يكون مستدركاً. وأما في الثاني فلأن اللازم للمجيب دفع النقض عما ذكر في الكتاب لأنه هو المورد للسؤال. ولا شك أن ما ذكر فيه مبني على وجوب الكفارة في شبه العمد، وأما رواية عدم وجوبها فيه فبمعزل عنه فلا وجه للمصير إليه هنا كما لا يخفى. ثم إن صاحب العناية قال في تفسير قول المصنف أو لكونه كل المذكور: أي لكون الصيام كل المذكور وتبعه العيني. أقول: ليس ذاك بسديد، إذ لا يخفى أن كل المذكور في حق كفارة القتل في كتاب الله تعالى إنما هو تحرير رقبة مؤمنة وصيام شهرين متتابعين لا الصيام وحده، وأما إطلاق الكل على الصيام لكونه الجزء الأخير الذي يتم به الكل فأمر قبيح لا يناسب شرح الكتاب، فالحق في التفسير أن يقال: أي ولكون ما ذكرنا من التحرير والصيام كل المذكور قوله: **(ولا يثبت التغليظ إلا في الإبل خاصة، لأن التوقيف فيه، فإن قضى بالدية من غير الإبل لم تتغلظ لما قلنا)** أقول: لقائل أن يقول: إذا لم يثبت التغليظ إلا في الإبل خاصة ينبغي أن لا يصح القضاء بالدية من غير الإبل أصلاً في جناية شبه العمد، إذ قد ذكر في أول هذا الكتاب ومرّ أيضاً في أوائل كتاب الجنايات أن موجب شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل، فحيث لم يثبت التغليظ في غير الإبل لم يصلح غيرها أن يكون دية في شبه العدم لانتفاء ما هو المعتبر في ديته وهو التغليظ، فكيف يتم قول المصنف فإن قضى بالدية من غير الإبل لم تتغلظ، فإن الظاهر منه أن يصح القضاء بالدية من غير الإبل في شبه العمد، ولكن لا ثبت التغليظ في غير الإبل بأن يزاد في الدراهم على عشرة آلاف درهم وفي الدنانير على ألف دينار كما فصلوا في الشروح فليتأمل في التوجيه قوله: **(وهذا قول ابن**

توقيفاً فلا يثبت في غيره قياساً لأنه يأبى التغليظ، لأن عمد الإتلاف وخطأه في باب الغرم سواء، ولا دلالة لئلا يبطل المقدار الثابت بصريح النص بالدلالة، وقوله: **(لما قلنا)** إشارة إلى قوله لأن التوقيف فيه. وقوله: **(لما بينا من قبل)** يعني في أول كتاب الجنايات. **قال: (والدية في الخطإ مائة من الإبل أخماساً)** قيل منصوب بإضمار كان، ويجوز أن يكون حالاً من الضمير الذي في قوله في الخطإ، وقد أجمعت الصحابة على المائة لكنهم اختلفوا في سنها، فقال ابن مسعود: عشرون بنت مخاض،

---

(١) جيد. أخرجه أبو داود ٤٥٤٧ والنسائي ٨/ ٤٠ ـ ٤١ وابن ماجه ٢٦٢٧ والبيهقي ٨/ ٦٨ كلهم من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص وإسناده حسن. وأخرجه أبو داود ٤٥٤٩ والنسائي ٨/ ٤٢ وابن ماجه ٢٦٢٨ وأحمد ٢/ ١١ ـ ٣٦ ـ ١٠٣ من طرق كلهم من حديث ابن عمر وفيه علي بن زيد فيه ضعف.

ورواه النسائي ٨/ ٤١ عن عقبة بن أوس مرسلاً. وتارة عن ابن أوس عن رجل من الصحابة به وجاء في نصب الراية ٤/ ٣٣٢ ما ملخصه: قال ابن القطان: حديث ابن عمر لا يصح. وأما حديث عبد الله بن عمرو بن العاص فصحيح، ولا يضره الاختلاف الذي وقع فيه اهـ.

ومثل هذا عن ابن القطان ذكره ابن حجر في التلخيص ٤/ ١٥ وزاد: وصححه ابن حبان أيضاً اهـ.

(٢) هو بعض كتاب عمرو بن حزم وسيأتي

(٣) يعود الضمير على الشافعي ومحمد وتمسكهما بكون الإبل أثلاثاً.

(٤) موقوف حسن. أخرجه أبو داود ٤٥٥٢ بسنده عن علقمة والأسود قالا: قال عبد الله: في شبه العمد خمس وعشرون حقه وخمس وعشرون جذعة وخمس وعشرون بنات لبون وخمس وعشرون بنت مخاض. وإسناده حسن.

في غير الإبل لم تتغلظ لما قلنا. قال: **(وقتل الخطأ تجب به الدية على العاقلة والكفارة على القاتل)** لما بينا من قبل. قال: **(والدية في الخطإ مائة من الإبل أخماساً عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون عشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة)** وهذا قول ابن مسعود رضي الله عنه. وأخذنا نحن والشافعي به لروايته «أن النبي ﷺ قضى في قتيل قتل خطأ أخماساً» على نحو ما قال. ولأن ما قلناه أخف فكان أليق بحالة الخطإ لأن الخاطىء معذور، غير أن عند الشافعي يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه ما رويناه. قال: **(ومن العين ألف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم)** وقال الشافعي: من الورق اثنا عشر ألفاً لما روى ابن عباس رضي الله

مسعود وأخذنا نحن والشافعي به لروايته أن النبي عليه الصلاة والسلام قضى في قتيل قتل خطأ أخماساً[1] على نحو ما قال) أقول: فيه شيء، وهو أن ابن مسعود وإن روى قضاء رسول الله ﷺ على نحو ما قاله إلا أن علياً رضي الله عنه كان يقول: الدية في الخطأ مائة من الإبل أرباعاً: خمس وعشرون حقة، وخمس وعشرون جذعة، وخمس وعشرون ابنة لبون. وخمس وعشرون ابنة مخاض[2] ذكره أبو يوسف رحمه الله في كتاب الخراج. وذكر في غاية

وعشرون بنت لبون، وعشرون ابن مخاض، وعشرون حقة وعشرون جذعة. وبه أخذنا نحن والشافعي، لأن ابن مسعود روى عن النبي ﷺ أن قضى في قتيل قتل خطأ أخماساً على نحو ما قال به ابن مسعود. وعن علي أنه أوجب أرباعاً: خمس وعشرون بنت مخاض، وخمس وعشرون بنت لبون، وخمس وعشرون حقة، وخمس وعشرون جذعة، والمقادير لا تعرف إلا سماعاً لكن ما قلنا أخف وكان أولى بحال الخطإ لأن الخاطىء معذور قوله: **(غير أن عند الشافعي)** استثناء من قوله وبه أخذنا والشافعي: يعني أنه يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض، والحجة عليه ما ذكرنا أنه أليق بحال الخطإ وقوله: **(ومن العين)** يعني الذهب **(ألف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم)** يعني وزن سبعة. وقال الشافعي: من الورق: أي الفضة اثنا عشر ألفا، لما روى ابن عباس أن النبيّ ﷺ قضى بذلك. ولنا أن عمر رضي الله عنه روى عن النبي ﷺ «أنه قضى بالدية في قتيل بعشرة آلاف درهم» فتعارضا فيحتاج إلى تأويل، وذكر المصنف تأويل ما ذكره الشافعي أنه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة، وقد كانت الدراهم كذلك إلى عهد عمر رضي الله عنه فأبطل عمر ذلك الوزن. وفيه بحث من وجهين: أحدهما أنه قال: روى عمر «أن النبي ﷺ قضى بعشرة آلاف درهم» ثم قال: وقد كانت الدراهم كذلك: يعني إلى عهد عمر وذلك تناقض. والثاني أن وزن ستة يزيد عليه اثني عشر ألفاً فلا يكون التأويل كذلك صحيحاً. والجواب عن الأول أن المنقول كان

قوله: **(لأنه يأبى التغليظ)** أقول: ولئلا يبطل المقدار الثابت بالنص بالقياس.

---

(١) ضعيف. أخرجه أبو داود ٤٥٤٥ والترمذي ١٣٨٦ والنسائي ٨/ ٤٣. ٤٤ وابن ماجه ٢٦٣١ والدارقطني ٣/ ١٧٥ والبيهقي ٨/ ٧٥ وأحمد ١/ ٤٥٠ كلهم من حديث ابن مسعود

قال الترمذي: لا نعرفه مرفوعاً إلا من هذا الوجه وقد روي موقوفاً على ابن مسعود.

وجاء في نصب الراية ٤/ ٣٥٨ ما ملخصه: أطال الدارقطني الكلام عليه وملخصه أنه حديث ضعيف غير ثابت من وجوه.

أحدها: أن أبا عبيدة رواه عن أبيه ابن مسعود موقوفاً

الثاني: فيه خشف بن مالك وهو مجهول

الثالث: انفرد بروايته الحجاج بن أرطاة وهو مدلس كان يحدث عمن لم يلقه.

الرابع: جماعة من الثقات رووه عن حجاج به: في الخطأ أخماساً لم يزيد وأعلى ذلك اهـ قال الزيلعي: وللحديث طرق ضعيفة رواها البيهقي في المعرفة عن ابن مسعود من قوله. وهي منقطعة كما قال البيهقي اهـ الزيلعي وضعفه ابن حجر في الدراية ٢/ ٢٧٢.

الخلاصة: تفرد به الحجاج وهو ضعيف ولم يتابع عليه. ورواه عنه وهو مدلس.

وعلته الثانية: جهالة خشف بن مالك. وقد رواه غير واحد موقوفاً وهو الصواب والله أعلم.

قلت: وتمام الحديث: قضى رسول الله ﷺ دية الخطأ عشرين بنت مخاض، وعشرين ابن مخاض ذكوراً، وعشرين بنت لبون، وعشرين جذعة، وعشرين حقة اهـ.

(٢) موقوف حسن. أخرجه البيهقي ٨/ ٧٤ عن عاصم بن ضمرة عن علي موقوفاً وإسناده حسن. رجاله ثقات سوى عاصم هذا، وهو صدوق كما في التقريب.

عنهما أن النبي عليه الصلاة والسلام قضى بذلك[١]. ولنا ما روي عن عمر رضي الله عنه أن النبي عليه الصلاة والسلام قضى بالدية في قتيل بعشرة آلاف درهم[٢]. وتأويل ما روي أنه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت كذلك. قال: **(ولا تثبت الدية إلا من هذه الأنواع الثلاثة عند أبي حنيفة، وقالا منها ومن البقر مائتا بقرة، ومن**

البيان وغيرها من الشروح، والمقادير لا تعرف إلا سماعاً فكان كالمرفوع، فصار ما رواه ابن مسعود معارضاً به فكيف يتم جعل المصنف مجرد رواية ابن مسعود رضي الله عنه دليلاً على ما أخذنا نحن والشافعي به بدون بيان الرجحان فيما رواه ابن مسعود. نعم كون ما رواه أليق بحالة الخطإ لكونه أخفّ يصلح أن يكون مرجحاً لما رواه. وعن هذا قال تاج الشريعة بعد بيان اختلاف الصحابة في أسنان الإبل في دية الخطأ. ونحن رجحنا رواية ابن مسعود لأنه أوفق لموضوع دية الخطأ وهو التخفيف، إلا أن قول المصنف ولأن ما قلناه أخف فكان أليق بحالة الخطأ لأن الخاطىء معذور يشعر بأن هذا دليل مستقل وما قبله أيضاً دليل مستقل، وهذا ينافي ضم الثاني إلى الأول ليحصل به الرجحان. وبالجملة في تحرير المصنف هنا نوع ركاكة، وكأن صاحب العناية تنبه له حيث غير أسلوب تحرير المصنف في شرح هذا المقام فقال بعد بيان ما رواه ابن مسعود وما روي عن علي رضي الله عنه، لكن ما قلنا أخف فكان أولى بحال الخطأ لأن الخاطىء معذور انتهى تبصر قوله: **(غير أن عند الشافعي يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض)** أقول: هنا كلام، وهو أن قوله هذا استثناء من قوله وأخذنا نحن والشافعي به كما صرح به في العناية

في ابتداء عهد رسول الله ﷺ وزن الدراهم وزن ستة ثم صار وزن سبعة، وعلى هذا يجوز أن يكون في آخر عهده ﷺ يؤخذ من الدارهم وزن سبعة أيضاً ولا تناقض حينئذٍ. وعن الثاني أن شيخ الإسلام قال في مبسوطه: يحتمل أن الدراهم كانت وزن ستة إلا شيئاً، إلا أنه أضيف الوزن إلى ستة تقريباً، وقوله: **(ولا تثبت الدية إلا من هذه الأنواع الثلاثة عند أبي حنيفة، وقالا: منها)** أي من هذه الأنواع الثلاثة وهي الإبل والذهب والفضة **(ومن البقر مائتا بقرة، ومن الغنم ألفا شاة، ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان)** وقيل في تفسير ذلك: قيمة كل بقرة خمسون درهماً، وقيمة كل شاة خمسة دراهم. وقيمة كل حلة خمسون درهماً، قال المصنف: كل حلة ثوبان، وقيل هما إزار ورداء هو المختار. قال في النهاية: وقيل في ديارنا قميص وسراويل. قال: وفائدة هذا الاختلاف إنما تظهر فيما إذا صالح القاتل مع وليّ القتيل على أكثر من مائتي بقرة أو غيرها على قول أبي حنيفة على ما هو المذكور في كتاب الديات يجوز، كما لو صالح على أكثر من مائتي فرس وعلى قولهما لا يجوز كما لو

قوله: **(والحجة عليه ما ذكرنا أنه أليق بحال الخطإ)** أقول: الأولى أن يجعل إشارة إلى قول ابن مسعود وإلى المعقول. قال الإتقاني: أي الحجة على الشافعي قول ابن مسعود وقضاء رسول الله عليه الصلاة والسلام انتهى. وفيه بحث قوله: **(وفيه بحث من وجهين إلى قوله: وعن الثاني أن شيخ الإسلام قال في مبسوطه: يحتمل أن الدراهم كانت وزن ستة إلا شيئاً، إلا أنه أضيف الوزن إلى ستة تقريباً)** أقول: قال الزيلعي: وإذا حمل ما رواه الشافعي على وزن خمسة، وما رويناه على وزن ستة استويا انتهى. ولعل هذا الحمل أوجه. وقال الزيلعي: كانت الدراهم على عهد رسول الله عليه الصلاة والسلام ثلاثة، الواحد منها وزن عشرة، والثاني وزن ستة، والثالث وزن خمسة انتهى. قوله وزن عشرة: أي العشرة منه وزن عشرة دنانير وهو قدر الدينار. وقوله وزن ستة: أي العشرة منه وزن ستة دنانير. وقوله وزن خمسة: أي العشرة منه وزن خمسة دنانير قال المصنف: **(وقالا: منها ومن البقر مائتا بقرة)** أقول: قوله مائتا بقرة

---

(١) ضعيف. يشير المصنف إلىٰ ما أخرجه أبو داود ٤٥٤٦ والترمذي ١٣٨٨ والنسائي ٨/ ٤٤ والدارمي ٢٢٧٤ وابن ماجه ٢٦٢٩ و ٢٦٣٢ والبيهقي ٨/ ٧٨ كلهم من حديث ابن عباس: أن رجلاً من بني عدي قُتل، فجعل النبي ﷺ ديته اثني عشر ألفاً. ومداره علىٰ محمد بن مسلم الطائفي وهو غير قوي. قال أبو داود عقبه: رواه ابن عيينة عن عمرو بن دينار عن عكرمة مرسلاً لم يذكر ابن عباس.
وكذا قال الترمذي وزاد: ولا نعلم أحداً يذكر فيه ابن عباس سوىٰ الطائفي.
وجاء في تلخيص الحبير ما ملخصه: قال أبو حاتم: المرسل أصح، وتبعه عبد الحق، وابن حزم اهـ ٤/ ٢٣ وانظر نصب الراية ٤/ ٣٦١.

(٢) موقوف. قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٣٦٢: غريب. أي مرفوعاً. ورواه ابن أبي شيبة والبيهقي ومحمد بن الحسن في الآثار عن عمر موقوفاً اهـ يعني: قضىٰ عمر بذلك.
وكذا قال ابن حجر في الدراية ٢/ ٢٧٣: لم أجده. أي مرفوعاً.

الغنم ألفا شاة، ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان) لأن عمر رضي الله عنه[1] هكذا جعل على أهل كل مال منها، وله أن التقدير إنما يستقيم بشيء معلوم المالية، وهذه الأشياء مجهولة المالية ولهذا لا يقدّر بها ضمان، والتقدير بالإبل عرف بالآثار المشهورة وعدمناها في غيرها، وذكر في المعاقل أنه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة أو مائتي بقرة لا يجوز، وهذا آية التقدير بذلك، ثم قيل: هو قول الكل فيرتفع الخلاف، وقيل هو قولهما. قال: **(ودية**

وغيرها. والمقصود به بيان الفرق بيننا وبين الشافعي بعد الاتفاق في المأخذ، لكن فيه إشكال، إذ الظاهر أن ضمير به في قوله وأخذنا نحن والشافعي به بعد قوله وهذا قول ابن مسعود راجع إلى قول ابن مسعود فيكون المأخذ المتفق عليه بيننا وبين الشافعي هو قول ابن مسعود. فبعد ذلك كيف يتم القول بأن عند الشافعي يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض، والقضاء بابن لبون مكان ابن مخاض ينافي الأخذ بقول ابن مسعود لأن ابن مخاض متعين في قوله وإنما الذي يصلح أن يكون مأخذاً لمذهب الشافعي وهو القضاء بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض ما روى مالك في الموطإ عن ابن شهاب عن سليمان بن يسار أنه كان يقول: في دية الخطإ عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة كما ذكر في غاية البيان فليتأمل في التوجيه قوله: **(ولا تثبت الدية إلا من هذه الأنواع الثلاثة عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة، ومن الحلل مائتا حلة)** قال جماعة من الشراح: فائدة هذا الاختلاف إنما تظهر فيما إذا صالح القاتل مع ولي القتيل على أكثر من مائتي بقرة أو غيرها على قول أبي حنيفة كما هو المذكور في كتاب الديات يجوز كما لو صالح على أكثر من مائتي فرس، وعلى قولهما لا يجوز كما لو صالح على أكثر من مائة من الإبل انتهى. أقول: ليت شعري ما بالهم صوّروا ظهور فائدة هذا الاختلاف في هذا المضيق وحصروا فيه بكلمة إنما مع كون ظهور فائدته في غير هذه الصورة أظهر وأجلى، فإن للقاتل الخيار في أداء الدية من أي نوع شاء من أنواع الدية لا من غير أنواعها كما صرحوا به، فعلى قولهما يتمكن القاتل من أدائها من نوع البقر أو نوع الغنم أو نوع الحلل كما يتمكن من أدائها من الأنواع

صالح على أكثر من مائة من الإبل. وقوله: **(لأن عمر هكذا جعل على أهل كل مال منها)** قال أبو يوسف: حدثنا ابن أبي ليلى، عن الشعبي عن عبيدة السلماني قال: وضع عمر بن الخطاب رضي الله عنه الديات على أهل الذهب ألف دينار، وعلى أهل الورق عشرة آلاف درهم، وعلى أهل الإبل مائة من الإبل، وعلى أهل البقر مائتي بقرة، وعلى أهل الشياه ألفي شاة، وعلى أهل الحلل مائتي حلة **(ولأبي حنيفة أن التقدير إنما يستقيم بشيء معلوم المالية)** وهذه الأشياء ليست كذلك، ولهذا لا يقدر بها ضمان شيء مما وجب ضمانه بالإتلاف أو غيره فإن قيل: فالإبل كذلك، أجاب بقوله: **(والتقدير بالإبل عرف بالآثار المشهورة)** كما رويناه **(وعندهما في غيرها)** فإن قيل: فليلحق بها دلالة. قلنا: حتى يثبت أنها في معناها من كل وجه وقوله: **(وذكر في المعاقل)** أي في معاقل المبسوط: أورد هذا شبهة على ما روي عن أبي حنيفة من قوله ولا تثبت الدية إلا من هذه الأنواع لثلاثة أوجه ورودها أن محمداً ذكر في المعاقل أنه لو صالح الوليّ من الدية على أكثر من ألفي شاة أو على أكثر من مائتي بقرة أو على أكثر من مائتي حلة لا يجوز ولم يذكر الخلاف فيه، وذلك يدل على أن الأصناف الثلاثة أيضاً من الأصول

خبر مبدأ محذوف: أي وهي مائتا بقرة، وكذا في ألفا شاة ومائتا حلة قوله: **(إنما يظهر فيما إذا صالح القاتل الخ)** أقول: في الحصر كلام، فإن القاضي لا يحكم من غير الأنواع الثلاثة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، ولا يخير القاتل إلا فيها بخلاف مذهبهما قوله: **(أحدهما يقرر الشبهة ويرفع الخلاف)** أقول: ضمير يقرر راجع إلى أحدهما قوله: **(لأنه يناقض رواية كتاب الديات)** أقول: يرتفع التناقض بالحمل على الرجوع إلى قولهما قوله: **(والصواب)** أقول: مقول القول.

---

(١) موقوف حسن. أخرجه أبو داود ٤٥٤٢ والبيهقي ٨/٧٧ كلاهما من طريق حسين المعلم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: أن عمر قام خطيباً فقال: إن الإبل قد غلت. قال: فَقَوَّم على أهل الذهب ألف دينار، وعلى أهل الوَرِق اثني عشر ألفاً، وعلى أهل البقر مئتي بقرة، وعلى أهل الشاة ألفي شاة، وعلى أهل الحلل مئتي حلة. وإسناده حسن. للاختلاف المعروف في سلسلة عمرو بن شعيب.

المرأة على النصف من دية الرجل) وقد ورد هذا اللفظ موقوفاً على عليّ رضي الله عنه[١] ومرفوعاً إلى النبيّ عليه الصلاة والسلام. وقال الشافعي: ما دون الثلث لا يتنصف، وإمامه فيه زيد بن ثابت رضي الله عنه، والحجة عليه ما رويناه بعمومه، ولأن حالها أنقص من حال الرجل ومنفعتها أقل، وقد ظهر أثر النقصان بالتنصيف في النفس فكذا في أطرافها وأجزائها اعتباراً بها وبالثلث وما فوقه. قال: **(ودية المسلم والذمي سواء)** وقال الشافعي: دية اليهودي

الثلاثة المتفق عليها وهي الإبل والعين والورق، وعلى قوله في رواية كتاب الديات لا يتمكن من أدائها إلا من هذه الأنواع الثلاثة قوله: **(وذكر في المعاقل أنه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة أو مائتي بقرة لا يجوز، وهذا آية التقدير بذلك، ثم قيل هو قول الكل فيرتفع الخلاف، وقيل هو قولهما)** قال جمهور الشراح: أورد قوله وذكر في المعاقل: أي في معاقل المبسوط شبهة على ما روي عن أبي حنيفة من أنه لا تثبت الدية إلا من هذه الأنواع الثلاثة. ووجه ورودها أن محمداً ذكر في المعاقل أنه لو صالح الوليّ من الدية على أكثر من ألفي شاة أو من مائتي بقرة أو من مائتي حلة لا يجوز ولم يذكر الخلاف فيه، وذلك دليل على أن الأصناف الثلاثة أيضاً من الأصول المقدرة في الدية عنده أيضا، وذكر الجواب بوجهين: أحدهما الشبهة ويرفع الخلاف. وثانيهما يرفع الشبهة بحمل رواية المعاقل على أنها قولهما، ثم إن صاحب العناية ردّ الوجه الأول منهما حيث قال: ولا أرى صحته لأنه يناقض رواية كتاب الديات كما مر آنفاً انتهى. أقول: ليس هذا بشيء لأن مدار الوجه الأول على عدم قبول صحة رواية كتاب الديات وعدم تسليم ثبوت الاختلاف بينهم، وكونه مناقضاً لرواية كتاب الديات إنما ينافي صحته لو تحققت صحة تلك الرواية وهي في حيز المنع عند قائل الوجه. يدل عليه قطعاً عبارة صاحب النهاية حيث قال فقال في جوابه بوجهين: أحدهما أنه صحح الشبهة فقال نعم تلك الرواية أعني رواية الخلاف غير صحيح، بل الصحيح رواية كتاب المعاقل، والخلاف بينهم غير ثابت، بل هذه الأنواع: أعني البقر والغنم والحلل في الدية من الأموال المقدرة انتهى. وتصحيح إحدى الروايتين ومنع الأخرى ليس بعزيز في كلمات الفقهاء وقد مرّ له نظائر كثيرة في الكتاب. وقال

المقدرة في الدية عنده أيضاً. وذكر الجواب بوجهين: أحدهما يقرر الشبهة ويرفع الخلاف، ولا أرى صحته لأنه يناقض رواية كتاب الديات كما مر آنفاً. والثاني يرفعها بحمل رواية المعاقل على أنها قولهما، وحمل بعض مشايخنا على أن في المسألة عنه روايتين. قال: **(ودية المرأة على النصف من دية الرجل الخ)** دية المرأة على النصف من دية الرجل، وقد ورد هذا اللفظ موقوفاً على عليّ ومرفوعاً إلى النبيّ ﷺ، والموقوف في مثله كالمرفوع، إذا لا مدخل للرأي فيه. وقال الشافعي: ما دون الثلث لا يتنصف. قال في النهاية: الصواب أن يقال: وقال الشافعي: الثلث وما دونه لا يتنصف. وذكر في ديات المبسوط: وكان زيد بن ثابت يقول: إنها تعاقل الرجل إلى ثلث ديتها: يعني إذا كان الأرش بقدر ثلث الدية أو دون ذلك فالرجل والمرأة فيه سواء، فإن زاد على الثلث فحينئذٍ حالها فيه على النصف من حال الرجل، ولذلك قال بعد هذا في قول المصنف اعتباراً بها وبالثلث وما فوقه. والصواب أن يقال. اعتباراً بها وبما فوق الثلث، وفيه نظر لأنه قال في شرح الكافي: قال محمد في الأصل: بلغنا عن عليّ أنه قال: دية المرأة على النصف من دية الرجل في النفس وفيما دون النفس. قال: وبذلك نأخذ، ثم قال: وقال زيد بن ثابت: ثلث الدية وما فوقها يتنصف وما دونه لا يتنصف. وبه أخذ الشافعي، وهذا يصحح قول المصنف. واحتجوا في ذلك بأن النبيّ ﷺ قال «تعاقل المرأة الرجل إلى ثلث الدية» وبما حكي عن ربيعة قال: قلت لسعيد بن المسيب: ما تقول فيمن قطع أصبع امرأة قال: عليه عشر من الإبل، قلت: فإن قطع أصبعين منها؟ قال: عليه عشرون من الإبل، قلت: فإن قطع ثلاث أصابع؟ قال: عليه ثلاثون من الإبل، قلت: فإن قطع أربع أصابع؟ قال: عليه عشرون من الإبل، قلت: سبحان الله لما كثر ألمها واشتدّ مصابها قل أرشها؟ قال: أعراقي أنت؟ فقلت لا بل جاهل مسترشد أو عاقل مستثبت، فقال: إنه السنة، وبه أخذ الشافعي وقال: السنة إذا أطلقت فالمراد بها سنة رسول الله ﷺ، والحجة عليه ما رويناه بعمومه، وأن

---

(١) ضعيف مرفوعاً. أخرجه البيهقي ٨/ ٩٥ بسنده عن معاذ مرفوعاً وقال البيهقي: وفيه ضعف. ثم قال بعد صحيفة: وروي عن معاذ مرفوعاً بإسناد لا يثبت مثله. وورد موقوفاً على عمر. أخرجه ابن أبي شيبة ١١/ ٢٨ وإسناده جيد

وأخرجه ابن أبي شيبة ١١/ ٢٨ والبيهقي ٨/ ٩٥ ـ ٩٦ عن ابن مسعود وعلي موقوفاً عليهما وإسناده جيد

والنصراني أربعة آلاف درهم، ودية المجوسي ثمانمائة درهم. وقال مالك: دية اليهودي والنصراني ستة آلاف درهم لقوله عليه الصلاة والسلام «عقل الكافر نصف عقل المسلم»[1] والكل عنده اثنا عشر ألفاً. وللشافعي ما روى «أن النبيّ عليه الصلاة والسلام جعل دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم، ودية المجوسي ثمانمائة درهم»[2]. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «دية كل ذي عهد في عهده ألف دينار»[3] وكذلك قضى أبو بكر وعمر رضي الله عنهما[4]، وما رواه الشافعي رحمه الله لم يعرف راويه ولم يذكر في كتب الحديث، وما رويناه أشهر مما رواه فإنه ظهر به عمل الصحابة رضي الله عنهم.

بعض الفضلاء لدفع ردّ صاحب العناية: الوجه الأول يرتفع التناقض بالحمل على الرجوع إلى قولهما انتهى. أقول: هذا لا يصلح لدفع رده الوجه المزبور، وإنما يصلح لأن يكون جواباً آخر عن أصل الشبهة لأن مآله إلى أن يكون في المسألة عنه روايتان ويكون المروى في إحداهما قوله الأوّل وفي الأخرى قوله الآخر الذي رجع إليه، وقد ذكره أيضا صاحب العناية بعد بيان ذينك الوجهين وردّ أحدهما حيث قال: وحمل بعض مشايخنا على أن في المسألة عنه روايتين انتهى. ومدار رده أحد ذينك الوجهين على أن يكون المراد به تقرير الشبهة ورفع الخلاف كما ذكره الشراح. وذلك لا يتصور إلا بأن ينحصر القول منه في هاتيك المسألة فيما ذكر في المعاقل، وإلا لا تتقرّر الشبهة بل ترتفع بالحمل على القولين منه تفكر تفهم قوله: **(ولأن حالها أنقص من حال الرجل ومنفعتها أقل)** وقد ظهر أثر النقصان بالتنصيف في النفس فكذا في أطرافها وأجزائها اعتباراً بها وبالثلث وما فوقه. أقول: لقائل أن يقول: حاصل هذا

حالها أنقص من حال الرجل، قال الله تعالى: ﴿وللرجال عليهم درجة﴾ ومنفعتها أقل لا تتمكن من التزوّج بأكثر من زوج واحد، وقد ظهر أثر النقصان في التنصيف في النفس فكذا في أطرافها وأجزائها اعتباراً بالنفس وبالثلث وما فوقه لئلا يلزم مخالفة التبع للأصل، والحديث المروى نادر، ومثل هذا الحكم الذي يحيله عقل كل عاقل لا يمكن إثباته بالشاذ النادر، وقول سعيد إنه السنة يريد به سنة زيد، فإن كبار الصحابة أفتوا بخلافه، ولو كانت سنة الرسول عليه الصلاة والسلام لما خالفوها. قال: **(ودية المسلم والذمي سواء)** ودية الذمي كدية المسلم رجالهم كرجالهم ونساؤهم كنسائهم في النفس وما دونها، وكلامه على الوجه الذي ذكره واضح. وقد استدل الشافعي بقوله تعالى: ﴿لا يستوي أصحاب النار وأصحاب الجنة﴾ وبقوله تعالى: ﴿أفمن كان مؤمناً كمن كان فاسقاً لا يستوون﴾ وبقوله ﷺ «المسلمون تتكافأ دماؤهم» يدل على أن دماء غيرهم لا تتكافأ، ولأن نقصان الكفر فوق نقصان الأنوثة، وبالأنوثة تنقص الدية فالكفر أولى، وبأن الرقّ أثر من آثار الكفر وبه تنقص الدية فبالكفر الموجب له أولى. والجواب عن الآيتين أن المراد أحكام الآخرة على أنهما لا يعارضان قوله تعالى:

---

(١) حسن. أخرجه الترمذي ١٤١٣ والنسائي ٨/ ٤٥ والطيالسي ٢٢٦٨ وأحمد ٢/ ٢٢٤ والبيهقي ٨/ ١٠١ عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً. واللفظ للنسائي. وغيره وأما لفظ الترمذي فهو: دية عقل الكافر نصف دية عقل المؤمن.
وأخرجه أبو داود ٤٥٨٣ وأحمد ٢/ ١٨٠ . ٢١٥ كلاهما من حديث ابن إسحق عن عمرو بن شعيب به. وحديث ابن إسحق حسن.
وأخرجه ابن ماجه ٢٦٤٤ والبيهقي ٨/ ١٠١ عن عمرو بن شعيب عن آبائه مرفوعاً: دية المعاهد نصف دية المسلم. وعند أبي داود «الحرّ» بدل «المسلم»
الخلاصة: مداره على عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وحديث عمرو من نوع الحسن والله تعالى أعلم. لا سيما وله شاهد أخرجه الطبراني كما في نصب الراية ٤/ ٣٦٥ من حديث ابن عمر وفيه من يحتاج إلى الكشف عن حاله. إلا أنه يشهد له.

(٢) لا أصل له مرفوعاً. وقد أخرجه الشافعي في مسنده ٢/ ١٠٦ والدارقطني ٣/ ١٧٠ والبيهقي ٨/ ١٠٠ كلهم عن ابن المسيب عن عمر موقوفاً. وإسناده حسن إلى ابن المسيب لكن اختلف في سماعه من عمر. فالأثر واهٍ. وصدره ورد عن عثمان. أخرجه الشافعي ٢/ ١٠٦ والبيهقي ٨/ ١٠٠ وإسناده حسن. لكن لفظ «ودية المجوسي ثمانمائة درهم» غريب عن عمر لأن فيه التسوية بين المسلمين، والمجوس. وهذا بعيد غريب.

(٣) ضعيف. أخرجه أبو داود في مراسيله ٢٢٩ عن ابن المسيب مرسلاً. وخالفه الشافعي فرواه ٢/ ١٠٦ من طريق محمد بن الحسن بسنده عن ابن المسيب موقوفاً عليه. وفيه سفيان بن حسين متكلم في روايته عن الزّهري وهو هنا من هذا الوجه.

(٤) أثر عمر وأبي بكر. ورد من طرق واهية ذكرها الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٣٦٧ وفي الدراية ٢/ ٢٧٥.

التعليل القياس، ولا مجال له في هذا الباب لأن الدية من المقدرات الشرعية، ولا يجري القياس في المقادير ما نصوا عليه. ثم إن صاحب العناية قال في تعليل قوله فكذا في أطرافها وأجزائها اعتباراً بها وبالثلث وما فوقه لئلا يلزم مخالفة التبع للأصل، وتبعه العيني. أقول: لمانع أن يمنع بطلان اللازم إذ لا محذور في مخالفة التبع الذي هو الأطراف للأصل الذي هو النفس في بعض الأحكام؛ ألا يرى أن القصاص يجري بين الرجل والمرأة ولا يجري بينهما فيما دون النفس عندنا كما مر في كتاب الجنايات فلم لا يجوز المخالفة بين النفس وما دونها في حكم الدية أيضا.

﴿وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاقٌ فدية مسلمة إلى أهله﴾ والمعهود من الدية الدية في قتل المؤمن. وعن الحديث بأنه مفهوم مخالفة وهو ليس بحجة، وعن المعقول بأن النقصان بالأنوثة والرق من حيث النقصان في المالكية، فإن المرأة تملك المال دون النكاح، وكذلك الرقّ يوجب نقصان المالكية، والذمي يساوي المسلم في المالكية فكذلك في الدية، ولا يرتاب أحد أن نفس كل شخص أعزّ مما في يده من المال، والذمي يساوي المسلم في ضمان ماله إذا أتلف ففي النفس أولى، وإن لم يكن لنا في المسألة إلا ما روى الزهري أن دية الذمي كانت مثل دية المسلم على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وعمر وعثمان فلما كان زمن معاوية جعلها على النصف، وما روي عن عليّ رضي الله عنه لشهرته: إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا، وما روي عن ابن مسعود: دية الذمي مثل دية المسلم، وما روى عكرمة عن ابن عباس «أن النبي ﷺ ودى ذمياً قتل بمائة من الإبل» لكان لنا من الظهور في المسألة ما لا يخفى على أحد.

قوله: (ومثل هذا الحكم يحيله عقل كل عاقل) أقول: وهو أن يقل الأرش إذا كان مصابها أكثر وألمها أشد على ما مر آنفاً قوله: (ولو كانت سنة رسول الله عليه الصلاة والسلام لما خالفوها) أقول: الموقوف في مثله كالمرفوع على ما مر مراراً، إذ لا مدخل للرأي فيه خصوصاً في مثل هذا الحكم الذي يحيله عقل كل عاقل، ولو لم يكن سنة لما قاله زيد رضي الله تعالى عنه فالجواب قوله: (والمعهود من الدية الدية في قتل المؤمن) أقول: فيه أنه لا دلالة على العهد، ويجوز أن يكون الحديث مبيناً للمراد قوله: (ففي النفس أولى) أقول: ولا ينتقض بالمرأة لثبوتها بالأثر.

فصل فيما دون النفس

قال: (**وفي النفس الدية**) وقد ذكرناه. قال: (**وفي المارن الدية، وفي اللسان الدية، وفي الذكر الدية**) والأصل فيه ما روى سعيد بن المسيب رضي الله عنه أن النبي عليه الصلاة والسلام قال «في النفس الدية، وفي اللسان الدية، وفي المارن الدية»[1] وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله عليه الصلاة والسلام لعمرو بن حزم رضي الله عنه[2]. الأصل في الأطراف أنه إذا فوت جنس منفعة على الكمال أو أزال جمالاً مقصوداً في الآدمي على الكمال يجب كل الدية لإتلافه النفس من وجه وهو ملحق بالإتلاف من كل وجه تعظيماً للآدمي. أصله قضاء رسول الله ﷺ

فصل الدية فيما دون النفس

لما ذكر حكم الدية في النفس ذكر في هذا الفصل حكمها فيما دون النفس لأن الأطراف تابعة للنفس فأتبع ذكر حكمها أيضاً تحقيقاً للمناسبة قوله: (**أصله قضاء رسول الله ﷺ بالدية كلها في اللسان والأنف**) قال في الكافي وغاية البيان: فقسنا عليه غيره إذا كان في معناه انتهى. أقول: فيه نظر، لأن الدية من المقدرات الشرعية والقياس لا

فصل فيما دون النفس

لما فرغ من ذكر النفس ذكر ما هو تبع لها وهو ما دونها. قال: (**وفي النفس الدية وقد ذكرناه**) وأعاد ذكر النفس في فصل ما دون النفس تمهيداً لذكر ما بعد. وقوله ذكرناه: يعني في أوائل الجنايات. ومعنى قوله في النفس الدية: يجب الدية

فصل فيما دون النفس

قال المصنف: (**وفي النفس الدية**) أقول: أي تجب الدية بسبب إتلافها، ففي للسببية قوله: (**كما إذا قطع لسان الأخرس، إلى قوله: والعين العوراء والسن السوداء**) أقول: من قبيل: * علفتها تبناً وماءً بارداً * إذ الواقع في العين والسن القلع والكسر.

---

(١) غريب جداً. قال الزيلعي في نصب الراية ٤/٣٦٩: مرسل ابن المسيب لم أجده اهـ.
ومثله قال الحافظ في الدراية ٢/٢٧٦.

(٢) حسن لطرقه. حديث كتاب عمرو بن حزم مشهور فقد أخرجه مالك ٢/٨٤٩ ح ١ وعنه الشافعي ٢/١٠٨ والنسائي ٨/٦٠ كلهم عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه: أن في الكتاب الذي كتبه رسول الله ﷺ لعمرو بن حزم في العقول: أن في النفس مائة من الإبل، وفي الأنف إذا أوعِيَ جدْعاً مائة من الإبل، وفي المأمومة ثلث الدية، وفي الجائفة مثلها، وفي العين خمسون، وفي اليد خمسون وفي الرجل خمسون، وفي كل أصبع معاً هنالك عشر من الإبل، وفي السنّ خمسٌ وفي الموضحة خمس.
هذا لفظ مالك. والخبر مرسل وفي رواية: وفي اللسان الدية. وفي الشفتين الدية وفي البيضتين الدية وفي الذكر الدية وفي الصلب الدية وفي العينين الدية وفي العين الواحدة نصف الدية
وهذا السياق وأتم منه عند النسائي ٨/٥٧ . ٥٩ . ٦٠ والحاكم ١/٣٩٥ والبيهقي ٨/٨٨ كلهم عن أبي بكر بن حزم عن أبيه عن جده.
وهذا متصل إلا أن فيه سليمان بن أرقم ضعيف بل قال النسائي عقبه: متروك.
ورواه أبو داود في مراسيله ٢٢٥ والنسائي عن الزهري قال: قرأت في كتاب رسول الله ﷺ لعمرو بن حزم. . . فذكره
وقال الحاكم عقب حديثه: هذا حديث مفسر يشهد له بالصحة أمير المؤمنين عمر بن عبد العزيز وإمام العلماء في عصره الزهري. والخولاني وهو سليمان بن داود وإن كان غمزه ابن معين لكن لدينا عن أبي حاتم وقد سئل عن كتاب ابن حزم فقال: الخولاني لا بأس به قال ابن أبي حاتم: وسمعت هذا من أبي زرعة اهـ.
قلت: لكن صَوّاب النسائي رواية سليمان بن أرقم دون سليمان بن داود والله أعلم.
وجاء في التلخيص ٤/١٧ ما ملخصه: قال ابن حزم. أي الأندلسي .: صحيفة ابن حزم منقطعة لا تقوم بها حجة. ثم قال ابن حجر: لكن صححه الحاكم، وابن حبان، والبيهقي، ونقل عن أحمد قال: أرجو أن يكون صحيحاً. وقد صحح هذا الكتاب جماعة لا من حيث الإسناد ولكن من حيث الشهرة
فقال الشافعي: لم يقبلوا هذا الحديث حتى ثبت عندهم أنه كتاب رسول الله ﷺ. وقال ابن عبد البر: هذا كتاب مشهور عند أهل السير يستغنى بشهرتها عن الإسناد ويدل على شهرته ما رواه مالك عن الليث عن يحيىٰ عن ابن المسيب قال: وجد كتاب عند آل حزم يذكرون أنه كتاب رسول الله ﷺ وقال العقيلي: هذا حديث ثابت محفوظ إلا أنا نرىٰ أنه غير مسموع فوق الزهري اهـ ابن حجر. فهذا الخبر ينبغي أن يكون حسناً والله أعلم.

بالدية كلها في اللسان والأنف، وعلى هذا تنسحب فروع كثيرة فنقول: في الأنف الديه لأنه أزال الجمال على الكمال وهو مقصود، وكذا إذا قطع المارن أو الأرنبة لما ذكرنا، ولو قطع المارن مع القصبة لا يزاد على دية واحدة لأنه عضو واحد، وكذا اللسان لفوات منفعة مقصودة وهو النطق، وكذا في قطع بعضه إذا منع الكلام لتفويت منفعة مقصودة وإن كانت الآلة قائمة، ولو قدر على التكلمْ ببعض الحروف قيل تقسم على عدد الحروف، وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان؛ فبقدر ما لا يقدر تجب، وقيل إنْ قدر على أداء أكثرها تجب حكومة عدل لحصول الإفهام مع الاختلال، وإن عجز عن أداء الأكثر يجب كل الدية لأن الظاهر أنه لا تحصل منفعة الكلام، وكذا الذكر لأنه يفوت به منفعة الوطء والإيلاد واستمساك البول والرمي به ودفق الماء والإيلاج الذي هو طريق الإعلاق عادة، وكذا في الحشفة الدية كاملة، لأن الحشفة أصل في منفعة الإيلاج والدفق والقصبة كالتابع له. قال: **(وفي العقل إذا ذهب بالضرب الدية)** لفوات منفعة الإدراك إذ به ينتفع بنفسه في معاشه ومعاده **(وكذا إذا ذهب سمعه أو بصره أو شمه أو**

يجري فيها على ما عرف فالصواب عندي هنا أن يقال: فألحقنا به غيره دلالة قوله: **(ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قيل تقسم على عدد الحروف، وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان فبقدر ما لا يقدر تجب)** قال جمهور الشراح: والحروف التي تتعلق باللسان هي الألف والتاء والثاء والجيم والدال والراء والزاي والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون انتهى. وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك عن النهاية: وفي كون الألف من ذلك نظر، لأنه من أقصى الحلق على ما عرف انتهى. قوله: نظره ساقط إذا الظاهر أن مراد جمهور الشراح بالألف والتاء والثاء وغيرها مما ذكروا هو الألفاظ التي يتهجى بها لا الحروف المبسوطة التي يتركب منها الكلم، والذي من أقصى الحلق إنما هو الحرف الذي يقع جزء الكلم كما في أوّل أخذ وأوسط سأل وآخر قرأ؛ لا الحرف الذي يتهجى به وهو لفظ ألف إذ هو مركب من ثلاثة أجزاء متعلق باللسان بواسطة جزئه الأوسط الذي هو اللام، فمنشأ نظر صاحب العناية عدم وقوفه على مرادهم، كيف ولو كان مرادهم ما توهمه لذكرا الهمزة بدل الألف كما لا يخفى. فإن قلت: الألفاظ التي يتهجى بها أسماء مسمياتها الحروف المبسوطة التي ركبت منها الكلم كما حققه صاحب الكشاف في أوّل سورة البقرة، وجمهور الشراح إنما عدّوا الألف ونظائره من الحروف التي تتعلق باللسان فكيف يصح أن يكون مرادهم بذلك ما يتهجى به من الألفاظ؟ قلت: قد وقع في عبارات المتقدمين إطلاق الحروف على تلك الألفاظ مسامحة استعمالاً للحرف في معنى الكلمة كما نص عليه أيضاً صاحب الكشاف هناك وكلام هؤلاء الشراح ها هنا، بل كلام المصنف أيضاً جار على ذلك الاصطلاح الشائع فيما بين القوم ولهذا يقولون لها حروف التهجي. فإن

بسبب إتلافها، كما يقال في النكاح حل، ومنه قوله عليه الصلاة والسلام «في خمس من الإبل السائمة شاة». وقوله: **(وفي المارن الدية)** يعني فيما دون قصبة الأنف وهو ما لان منه كل ما لا ثاني له في البدن عضواً كان أو معنى مقصوداً تجب بإتلافه كمال الدية، ومن الأعضاء ما هو إفراد كالأنف واللسان والذكر، ومنها ما هو مزدوج كالعينين والأذنين والحاجبين والشفتين واليدين وثديي المرأة والأنثيين والرجلين، ومنها ما هو أربع كأشفار العينين، ومنها ما أعشار كأصابع اليدين والرجلين، ومنها ما زاد على ذلك كالأسنان **(والأصل في الأطراف أنه إذا فوّت جنس منفعة على الكمال أو أزال جمالاً مقصوداً، في الآدمي على الكمال يجب كل الدية)** وقيد المنفعة والجمال بالكمال. لأن غير الكامل لا يجب فيه كل الدية وإن كان فيه تفويت عضو مقصود، كما إذا قطع لسان الأخرس أو آلة الخصيّ والعنين واليد الشلاء والرجل العرجاء والعين العوراء والسن السوداء لا يجب القصاص في العمد ولا الدية في الخطإ، لأنه لم يفوت جنس منفعة ولا فوّت جمالاً على الكمال. وإنما فيه حكومة عدل. وأما إذا أتلف الكامل فيجب فيه كمال الدية **(لإتلافه كل النفس من وجه. وهو ملحق بالإتلاف من كل وجه تعظيماً للآدمي، أصله قضاء رسول الله ﷺ بالدية كلها في اللسان والأنف، وعلى هذا تنسحب فروع كثيرة)** فإن كان جنس المنفعة أو

قوله: **(أو استحلف على البتات)** أقول: أي لا على العلم لأنه فعل نفسه.

ذوقه) لأن كل واحد منها منفعة مقصودة، وقد روي: أن عمر رضي الله عنه قضى بأربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر. قال: **(وفي اللحية إذا حلقت فلم تنبت الدية)** لأنه يفوت به منفعة الجمال. قال: **(وفي شعر الرأس الدية)** لما قلنا. وقال مالك: وهو قول الشافعي تجب فيهما حكومة عدل، لأن ذلك زيادة في الآدمي، ولهذا يحلق شعر الرأس كله، واللحية بعضها في بعض البلاد وصار كشعر الصدر والساق ولهذا يجب في شعر العبد نقصان القيمة. ولنا أن اللحية في وقتها جمال وفي حلقها تفويته على الكمال فتجب الدية كما في الأذنين الشاخصتين، وكذا شعر الرأس جمال؛ ألا ترى أن من عدمه خلقة يتكلف في ستره، بخلاف شعر الصدر والساق لأنه لا يتعلق به جمال. وأما لحية العبد فعن أبي حنيفة أنه يجب فيها كمال القيمة. والتخريج على الظاهر أن المقصود بالعبد المنفعة بالاستعمال دون الجمال بخلاف الحرّ. قال: **(وفي الشارب حكومة عدل هو الأصح)** لأنه تابع للحية فسار كبعض أطرافها **(ولحية الكوسج إن كان على ذقنه شعرات معدودة فلا شيء في حلقه)** لأن وجوده يشينه ولا يزينه **(وإن كان أكثر من ذلك وكان على الخد والذقن جميعاً لكنه غير متصل ففيه حكومة عدل)** لأن فيه بعض الجمال **(وإن كان متصلاً ففيه كمال الدية)** لأنه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال، وهذا كله إذا فسد المنبت، فإن نبتت حتى استوى كما كان لا يجب شيء لأنه لم يبق أثر الجناية ويؤدب على ارتكابه ما لا يحل، وإن نبتت بيضاء فعن أبي حنيفة أنه لا يجب شيء في الحرّ لأنه يزيد جمالاً، وفي العبد تجب حكومة عدل لأنه ينقص قيمته، وعندهما تجب حكومة عدل لأنه في غير أوانه يشينه ولا يزينه، ويستوي العمد والخطأ على هذا الجمهور **(وفي**

قلت: لم لم يريدوا بالحروف ها هنا الحروف المبسوطة التي يتركب منها الكلم ولم يخرجوا الألف من عداد الحروف التي تتعلق باللسان؟ قلت: لعل سرّ ذلك أن الفائت من الحروف إنما يعرف بالامتحان، والامتحان إنما يكون في العادة بحروف التهجي كما وقع بها في قصة عليّ رضي الله عنه، وهي ما روي أن رجلاً قطع لسان رجل في زمن علي رضي الله عنه فأمره أن يقرأ ا ب ت ث فكلما قرأ حرفاً أسقط من الدية بقدر ذلك. وما لم يقرأ أوجب من الدية بحسابه وهو الأصل في هذا الباب كما صرح به في الشروح وغيرها، فجروا ها هنا في العبارة والإرادة على وفق ذلك تأمل تقف قوله: **(وإن كان متصلاً ففيه كمال الدية لأنه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال)** أقول: يرد على ظاهر هذا التعليل أنه ينافي سياق كلامه، فإنه قسم لحية الكوسج على ثلاثة أقسام وجعل منها ما كان متصلاً؛ فقوله لأنه ليس بكوسج في تعليل قوله وإن كان متصلاً ففيه كمال الدية ينافي ذلك. والجواب أن مراده بقوله لأنه ليس بكوسج أنه ليس بكوسج حقيقة وإن كان في صورة الكوسج، والذي قسم لحيته على ثلاثة أقسام في سياق كلامه أعم من الكوسج الحقيقي والصوري فلا منافاة قوله: **(والأسنان والأضراس كلها سواء)** قال في العناية: قالوا فيه نظر. والصواب أن يقال: والاسنان كلها سواء، أو يقال: والأنياب والأضراس كلها سواء، لأنّ السن اسم جنس يدخل تحته اثنان وثلاثون: أربع منها ثنايا وهي الأسنان المتقدمة، اثنتان فوق واثنتان أسفل، ومثلها رباعيات وهي ما

الكمال قائماً بعضو واحد فعند إتلافه يجب كمال الدية، وإن كان قائماً بعضوين ففي كل واحد منهما نصف الدية، وإن كان قائماً بأربعة أعضاء ففي كل واحد منها ربع الدية، وإن كان قائماً بعشرة ففي كل واحد منها عشر الدية، وإن كان قائماً بأكثر ففي كل واحد منها نصف عشر الدية، وكلامه واضح وقوله: **(قيل تقسم الدية على عدد الحروف)** يعني على جملة الحروف مما تعلق باللسان وغيره، وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان. قال في النهاية: هي الألف والتاء والثاء والجيم والدال والراء والزاي والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون، وفي كون الألف من ذلك نظر لأنه من أقصى الحلق على ما عرف، فما لم يمكنه إتيان حرف منها يلزمه ما يخصه من الدية. روي «أن رجلاً قطع طرف لسان رجل في زمان عليّ رضي الله عنه فأمره أن يقرأ ا ب ت ث، فكلما قرأ حرفاً أسقط من الدية بقدر ذلك، وما لم يقرأ أوجب من الدية بحسابه وهذا يدل

قوله: **(يعني ليس فيها استيعاب كل واحد منها الآخر بخلاف قتل النفس)** أقول: الأولى إسقاط لفظ كل.

الحاجبين الدية وفي إحداهما نصف الدية) وعند مالك والشافعي رحمهما الله تجب حكومة عدل، وقد مرّ فيه في اللحية. قال: **(وفي العينين الدية، وفي اليدين الدية، وفي الرجلين الدية، وفي الشفتين الدية، وفي الأذنين الدية، وفي الأنثيين الدية)** كذا روي في حديث سعيد بن المسيب[١] رضي الله عنه عن النبي عليه الصلاة والسلام. قال: **(وفي كل واحد من هذه الأشياء نصف الدية)** وفيما كتبه النبي عليه الصلاة والسلام لعمرو بن حزم «وفي العينين الدية، وفي إحداهما نصف الدية»[٢] ولأن في تفويت الاثنين من هذه الأشياء تفويت جنس المنفعة أو كمال الجمال فيجب كل الدية، وفي تفويت إحداهما تفويت النصف فيجب نصف الدية. قال: **(وفي ثديي المرأة الدية)** لما فيه من تفويت جنس المنفعة **(وفي إحداهما نصف دية المرأة)** لما بينا، بخلاف ثديي الرجل حيث تجب حكومة عدل لأنه ليس فيه تفويت جنس المنفعة والجمال **(وفي حلمتي المرأة الدية كاملة)** لفوات جنس المنفعة الإرضاع وإمساك اللبن **(وفي إحداهما نصفها)** لما بيناه. قال: **(وفي أشفار العينين الدية وفي إحداها ربع الدية)** قال رضي الله عنه: يحتمل أن مراده الأهداب مجازاً كما ذكره محمد في الأصل للمجاورة كالراوية للقربة وهي حقيقة في البعير، وهذا لأنه يفوت الجمال على الكمال وجنس المنفعة وهي منفعة دفع الأذى والقذى عن العين إذ هو يندفع بالهدب، وإذا كان الواجب في الكل كل الدية وهي أربعة كان في أحدها ربع الدية وفي ثلاثة منها ثلاثة أرباعها، ويحتمل أن يكون مراده منبت الشعر والحكم فيه هكذا **(ولو قطع الجفون بأهدابها ففيه دية واحدة)** لأن الكل كشيء واحد وصار كالمارن مع القصبة. قال: **(وفي كل أصبع من أصابع اليدين والرجلين عشر الدية)** لقوله عليه الصلاة والسلام «في كل أصبع عشر من الإبل»[٣] ولأن في قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشر فتنقسم الدية عليها.

يلي الثنايا، ومنها أنياب تلي الرباعيات، ومثلها ضواحك تلي الأنياب، واثنتا عشرة سناً تسمى بالطواحن من كل جانب ثلاث فوق وثلاث أسفل، وبعدها سن وهي آخر الأسنان تسمى ضرس الحلم لأنه ينبت بعد البلوغ وقت كمال العقل، فلا يصح أن يقال: الأسنان والأضراس سواء لعوده، إلى معنى أن يقال: الأسنان وبعضها سواء

على صحة القيل الأول، وبه صححه شيخ الاسلام وبأن إقامة بعض الحروف وهو ما لا يفتقر إلى اللسان إن تهيّأت بدون اللسان، لكن الإفهام الذي هو المقصود لا يتهيأ فيجب الامتحان بالجميع، وكذا إذا ذهب سمعه أو بصره اختلف طرق التعبير عن معرفة ذهاب هذه الحواس، فقيل إذا صدقه الجاني أو استحلفه على البتات ونكل ثبت قوامها، وقيل يعتبر فيه الدلائل الموصلة إلى ذلك، فإن لم يحصل العلم بذلك يعتبر فيه الدعوى والإنكار. فطريق معرفة السمع أن يتغافل وينادي، فإن أجاب علم أنه يسمع. وحكى الناطق عن أبي خازم القاضي أن امرأة تطارشت في مجلس حكمه، فاشتغل بالقضاء عن النظر إليها ثم قال لها فجأة: غطي عورتك، فاضطربت وتسارعت إلى جمع ثيابها وظهر مكرها. وطريق معرفة ذهاب البصر أن يستقبل الشمس مفتوح العين، فإن دمعت عينه علم أن الضوء باق. وإن لم تدمع علم أن الضوء ذاهب. وذكر الطحاوي أنه يلقي بين يديه حية، فإن هرب من الحية علم أنه لم يذهب بصره. وطريق معرفة الشم بأن يوضع بين يديه ما له رائحة كريهة. فإن نفر عنها علم أنه لم يذهب شمه. وقوله: **(لأن كل واحد منها مقصودة)** يعني ليس فيها استتباع كل واحد منها الآخر، بخلاف قتل النفس حيث لا يجب إلا دية واحدة لأن الأطراف تتبع النفس، أما الطرف فلا يتبع طرفاً آخر وبهذا يندفع ما قيل لو مات من الشجة لم تلزمه إلا دية واحدة فبفوات هذه المنافع بدون الموت أولى، فإن في الموت استتباعاً دون عدمه، وعلى ذلك ما روي عن عمر كما ذكر في الكتاب. وقوله: **(لما قلنا)** إشارة إلى قوله لأنه يفوت به منفعة الجمال، قالوا: لو حلق رأس إنسان أو لحيته لا يطالب بالدية حالة الحلق بل يؤجل سنة لتصور النبات، فإن مات قبل مضي السنة ولم ينبت فلا شيء على الحالق، وقالا: فيه حكومة، وشعر الرجل والمرأة والصغير والكبير في ذلك سواء. وقوله: **(كما في الأذنين الشاخصتين)** أي

---

(١) مرسل ابن المسيب. غريب تقدم في أول هذا الباب.

(٢) هو بعض كتاب عمرو بن حزم تقدم قبل مرسل سعيد.

(٣) هو عجز حديث كتاب عمرو بن حزم. وورد من وجوه أخرى

قال: **(والأصابع كلها سواء)** لإطلاق الحديث، ولأنها سواء في أصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة فيه كاليمين مع الشمال، كذا أصابع الرجلين لأنه يفوت بقطع كلها منفعة المشي فتجب الدية كاملة، ثم فيهما عشر أصابع فتنقسم الدية عليها أعشاراً قال: **(وفي كل أصبع فيها ثلاثة مفاصل؛ ففي أحدها ثلث دية الأصبع وما فيها مفصلان ففي أحدهما نصف دية الأصبع)** وهو نظير انقسام دية اليد على الأصابع، قال: **(وفي كل سن خمس من الإبل)** لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث أبي موسى الأشعري رضي الله عنه «وفي كل سن خمس من الإبل»[1] والأسنان والأضراس كلها سواء لإطلاق ما روينا، ولما روي في بعض الروايات: «والأسنان كلها سواء»[2] ولأن كلها في

انتهى. أقول: في هذا النظر مبالغة مردودة حيث قيل في أوله: والصواب أن يقال وفيه إشارة إلى أن ما في الكتاب خطأ، وقيل في آخره فلا يصح أن يقال الأسنان والأضراس سواء، وفيه تصريح بعدم صحة ما في الكتاب مع أن تصحيحه على طرف التمام فإن عطف الخاص على العام طريقة معروفة قد ذكرت مزيته في علم البلاغة وله أمثلة كثيرة في التنزيل منها قوله تعالى ﴿حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى﴾ ومنها قوله تعالى ﴿من كان عدوّ الله

المرتفعتين وصفهما لدفع إرادة السمع. وقوله: **(أنه يجب فيهما كمال القيمة)** هي رواية الحسن عن أبي حنيفة اعتباراً بالدية في الحرّ لفوات الجمال **(والتخرج على الظاهر)** وهو أنه يجب نقصان القيمة. وقوله: **(هو الأصح)** احترازا عما قال بعض مشايخنا: يجب فيه كمال الدية لأنه عضو على حدة ويفوت به الجمال. وقوله: **(ويستوي الخطأ والعمد)** يعني كما تجب الدية في حلق الرأس واللحية خطأ فكذا إذا حلقهما عمداً. قيل وصورة حلقهما خطأ أن يظنه مباح الدم فحلق الولي لحيته ثم ظهر أنه غير مباح الدم قيل موجب القصاص موجود إذا كان عمداً فما المانع عنه مع الإمكان. وأجيب بأن القصاص عقوبة والعقوبة لا تثبت إلا بالنص أو دلالته. ولا نص في الشعور، وليست في معنى المنصوص وهو الجروح لأنه لا يحتاج في تفويتها إلى الجراحة والضرب، ولا يتوهم فيها السراية كما تتوهم في الجراحات، وليس فيه إماتة ذي الروح فلا يجوز إلحاقها بالمنصوص دلالة كما لا يجوز قياساً. قال: **(وفي العينين الدية)** الأصل الذي ذكرناه في صدر الفصل يشمل هذه الفروع كلها. والأشفار جمع شفر بالضم. قال المصنف: يحتمل أن مراده الأهداب مجازاً، ولعله قال ذلك دفعاً لخطئه من خطأ محمداً في إطلاق الأشفار على الأهداب، قالوا: الأشفار منابت الشعر وهي حروف العينين وأطرافها، والشعور التي عليها تسمى الهدب، فقال المصنف: يحتمل أن مراده الأهداب فيكون مجازاً للمجاورة من ذكر المحل وإرادة الحال، ويحتمل أن مراده الحقيقة، فإن في تفويت كل واحد من المحل والحال تفويت جنس المنفعة والجمال على الكمال على ما ذكر في الكتاب. وقوله: **(وهو نظير انقسام دية اليد على الأصابع)** يعنى أن عشر الدية الواجب بإزاء كل أصبع إنما هو بمقابلة مفاصلها. فما فيه ثلاثة مفاصل كان لكل منها ثلثه، وما فيه مفصلان كان لكل منهما نصفه. وقوله: **(والأسنان والأضراس كلها سواء)** قالوا: فيه نظر. والصواب أن يقال: والأسنان كلها سواء. أو يقال: والأنياب والأضراس كلها سواء، لأن السن

قوله: **(وليس فيه إماتة ذي الروح)** أقول: أي ليس في الشعر روح.

قوله: **(كما تقدم في حلق الحاجبين)** أقول: ولك أن تقول في الحاجب منفعة، فإنه يرد العرق عن العين ويفرقه، ذكره الكاكي لكنه كلام على السند قوله: **(ألا يرى أنه إذا قطع اليد الشلاء تجب حكومة عدل لا الدية)** أقول: ولك أن تقول: إنما لا تجب الدية في اليد الشلاء لأن الزينة فيها ليست بكاملة؛ ألا يرى أن الإنسان يتجمل بها عند من لا يعرف حالها، وأما عند من يعرف حالها فلا جمال فيها، وإذا لم تكمل الزينة لم يكمل الأرش بل وجب الحكومة قوله: **(فإذا اجتمعا جعل الجمال تابعاً أيضاً)** أقول: لوكان تابعاً لم يجب شيء بتفويته، والله تعالى أعلم.

---

(١) غريب من حديث أبي موسى. وقد أخرجه أبو داود ٤٥٦٣ والنسائي ٨/ ٥٥ . ٥٦ والدارمي ٢/ ١٩٤ والبيهقي ٨/ ٨٩ من طرق كلهم من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً: «في الأسنان خمس من الإبل» ورواية: «الأسنان سواء خمساً خمساً» وتقدم خبر عمرو بن حزم في كتابه وفيه: «وفي السن خمسه» من الإبل.

(٢) حسن. أخرجه أبو داود ٤٥٥٨ وابن ماجه ٢٦٥٠ وابن الجارود ٧٨٣ من طرق عن ابن عباس قال: «قال رسول الله ﷺ: الأصابع سواء، والأسنان سواء الضرس، والثنية سواء» ورواية للبزار: «والأسنان كلها سواء» أنظر نصب الراية ٤/ ٣٧٤. والحديث إسناده حسن رجاله كلهم ثقات.

أصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاضل كالأيدي والأصابع، وهذا إذا كان خطأ، فإن كان عمداً ففيه القصاص وقد مرّ في الجنايات. قال: **(ومن ضرب عضواً فأذهب منفعته ففيه دية كاملة كاليد إذا شلت والعين إذا ذهب ضوؤها)** لأن المتعلق تفويت جنس المنفعة لا فوات الصورة **(ومن ضرب صلب غيره فانقطع ماؤها تجب الدية)** لتفويت جنس المنفعة **(وكذا لو أحدبه)** لأنه فوت جمالاً على الكمال وهو استواء القامة **(فلو زالت الحدوبة لا شيء عليه)** لزوالها لا عن أثر.

وملائكته ورسله وجبريل وميكال﴾ فجاز أن يكون ما نحن فيه من قبيل ذلك، ويعود حاصل معناه إلى أن يقال: الأضراس وما عداه من الأسنان سواء فإنه إذا عطف الخاص على العام يراد بالمعطوف عليه ما عدا المعطوف من أفراد العام كما صرحوا به فلا يلزم المحذور. ثم أن قوله أو يقال والأنياب والأضراس كلها سواء معارض بمثل ما أورد على ما في الكتاب، فإن الأضراس تعم الأنياب كما أفصح عنه في المغرب حيث قال: الأضراس ما سوى الثنايا من الأسنان، وكذا ذكر في النهاية وغيرها فيعود معنى قوله والأنياب والأضراس سواء إلى أن يقال: وبعض الأضراس والأضراس كلها سواء لمثل ما ذكر في الإيراد على ما في الكتاب، فلا معنى لأن يكون ذلك صواباً دون ما في الكتاب. نعم الأظهر في إفادة المراد هاهنا أن يقال: والأسنان كلها سواء على ما جاء به لفظ الحديث[1]، أو أن يقال: والأضراس والثنايا كلها سواء بالجمع بين النوعين كما ذكر في المبسوط.

اسم جنس يدخل تحته اثنان وثلاثون: أربع منها ثنايا وهي الأسنان المتقدمة اثنتان فوق واثنتان أسفل، ومثلها رباعيات وهي ما يلي الثنايا. ومثلها أنياب تلي الرباعيات، ومثلها ضواحك تلي الأنياب، واثنتا عشرة سناً تسمى بالطواحن من كل جانب ثلاث فوق وثلاث أسفل، وبعدها سن وهو آخر الأسنان يسمى ضرس الحلم لأنه ينبت بعد البلوغ وقت كمال العقل، فلا يصح أن يقال الأسنان والأضراس سواء لعوده إلى معنى أن يقال الأسنان وبعضها سواء، فإذا ضرب رجل رجلاً حتى سقطت أسنانه كلها كانت عليه دية وثلاثة أخماس الدية، وهي من الدراهم ستة عشر ألف درهم، وليس في البدن جنس عضو يجب بتفويته أكثر من مقدار الدية سوى الأسنان، ومن الناس من فضل الطواحن على الضواحك لما فيه من زيادة المنفعة وهو خلاف النص. وقوله: **(لأن المتعلق)** يعنى الذي يتعلق به وجوب كل الدية هو تفويت جنس المنفعة لا فوات الصورة. فإن قيل: لا نسلم أن فوات الصورة ليس متعلق وجوب الدية، بل الجمال أيضاً مقصود كما تقدم في حلق الحاجبين واللحية، وليس أحدهما أولى باستتباعه الآخر فيكون الحصر في غير موقعه. أجيب بأن الجمال مقصود في عضو لا يكون المقصود منه المنفعة، وأما إذا كان الجمال تابع: ألا ترى أنه إذا قطع اليد الشلاء تجب حكومة عدل لا الدية، لأن المقصود باليد لما كان المنفعة لم تتكامل الجناية من حيث تفويت الجمال، فإذا اجتمعا جعل الجمال تابعاً أيضاً، لأنه إذا كان تابعاً عند الانفراد فلأن يكون تابعاً عند الاجتماع لوجود المستتبع أولى. وقوله: **(لتفويت جنس المنفعة)** يعنى منفعة النسل. وقوله: **(لأنه فوّت جمالاً على الكمال)** هو استقامة القامة. قيل وفي تفسير قوله تعالى **﴿لقد خلقنا الإنسان في أحسن تقويم﴾** أي منتصب القامة وهي تزول بالحدوبة.

---

(١) هو بعض المتقدم، واللفظ للبزار.

فصل في الشجاج

قال: (**الشجاج عشرة: الحارصة**) وهي التي تحرص الجلد: أي تخدشه ولا تخرج الدم (**والدامعة**) وهي التي تظهر الدم ولا تسليه كالدمع من العين (**والدامية**) وهي التي تسيل الدم (**والباضعة**) وهي التي تبضع الجلد أي تقطعه (**والمتلاحمة**) وهي التي تأخذ في اللحم (**والسمحاق**) وهي التي تصل إلى السمحاق وهي جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الرأس (**والموضحة**) وهي التي توضح العظم أي تبينه (**والهاشمة**) وهي التي تهشم العظم: أي تكسره (**والمنقلة**) وهي التي تنقل العظم بعد الكسر: أي تحوله (**والآمة**) وهي التي تصل إلى أم الرأس وهو الذي فيه الدماغ. قال: (**ففي الموضحة القصاص إن كانت عمداً**) لما روي «أنه عليه الصلاة والسلام قضى بالقصاص في

فصل في الشجاج

لما كان الشجاج نوعاً من أنواع ما دون النفس وتكاثرت مسائله اسماً وحكماً ذكره في فصل على حدة، كذا في الشروح. قلت: لو ذكر المصنف لفظ الباب بدل لفظ الفصل في قوله فصل فيما دون النفس ثم ذكر الشجاج التي هي نوع من أنواع ما دون النفس في فصل وذكر سائر أنواعه التي ستجيء في الفصل الآتي في فصل آخر أيضاً لكان أحسن وأوفق لما هو المعتاد في نظائره كما لا يخفى قوله: (**والدامعة وهي التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع من العين والدامية وهي التي تسيل الدم**) أقول: تفسير الدامعة والدامية من الشجاج بهذا الوجه الذي ذكره المصنف، وإن وقع في كثير من الكتب المعتبرة من الفقه كالبدائع والكافي وعامة الشروح واقتضاء ترتيب القدوري في مختصره حيث قدم الدامعة على الدامية وصرح به في شرحه لمختصر الكرخي، إلا أنه منظور فيه عندي لأنه مخالف لما ذكر في عامة كتب اللغة الموثوق بها، فإنه قال في المغرب: الدامعة من الشجاج هي التي يسيل منها الدم كدمع العين، وقبلها الدامية وهي التي تدمي من غير أن يسيل منها دم انتهى. وقال في الصحاح: والدامعة من الشجاج بعد الدامية. قال أبو عبيد: الدامية هي التي تدمي من غير أن يسيل منها دم، فإذا سال منها الدم فهي الدامعة بالعين غير معجمة انتهى. وقال في القاموس: والدامعة من الشجاج بعد الدامية اهـ. إلى غير ذلك من معتبرات كتب اللغة وسيجيء من المصنف التصريح بأن الحكم في الشجاج مرتب على الحقيقة اللغوية في الصحيح فلا مجال للحمل على الاصلاح المحض. ثم أقول: الصحيح المطابق للغة في تفسير الدامية والدامعة من الشجاج وترتيبهما ما ذكر في المحيط البرهاني نقلاً عن الطحاوي حيث قال فيه: اعلم أن أول الشجاج الحارصة بالحاء المهملة وهي التي تشق

فصل في الشجاج

لما كان الشجاج نوعاً من أنواع ما دون النفس وتكاثر مسائله ذكره في فصل على حدة. قال: (**الشجاج عشرة**) ووجه ذلك أن قطع الجلد لابد منه للشجة، وبعد القطع إما أن يظهر الدم أو لا، الثاني هو الحارصة. والأول إما أن يسيل الدم بعد الإظهار أو لا، والثاني هو الدامعة. والأول إما أن يقطع بعض اللحم أو لا، والثاني هو الدامية. والأول أما أن يكون قطع أكثر اللحم الذي بينه وبين العظم أولا، والثاني هو الباضعة. والأول إما أن أظهر الجلدة الرقيقة الحائلة بين اللحم والعظم أو لا، والثاني هو المتلاحمة. والأول إما أن يقتصر على الإظهار أو يتعدّى، والأول هو السمحاق، والثاني إما أن يقتصر على إظهار العظم أو لا، والأول هو الموضحة، والثاني إما أن يقتصر على كسر العظم أو لا، والأول هو الهاشمة، والثاني إما أن يقتصر على نقل العظم وتحويله من غير وصوله إلى الجلدة التي بين العظم والدماغ أو لا، والأول هو المنقلة، والثاني هو

فصل الشجاج

قوله: (**ووجه ذلك أن قطع الجلد**) أقول: فيه أن الخدش لا يطلق عليه القطع في المتعارف، والموجود في الثلاث الأول ذلك.
قوله: (**والأول إما أن يكون قطع أكثر اللحم الذي بينه وبين العظم**) أقول: ضمير بينه راجع إلى الجلد في قوله ووجه ذلك أن قطع الجلد قوله: (**والثاني وهو الباضعة**)، أقول: الباضعة على ما ذكره المصنف وغيره هي التي تقطع الجلد قوله: (**والأول إما أن يقتصر على**

الموضحة»[1] ولأنه يمكن أن ينتهي السكين إلى العظم فيتساويان فيتحقق القصاص. قال: **(ولا قصاص في بقية الشجاج)** لأنه لا يمكن اعتبار المساواة فيها لأنه لاحدّ ينتهي السكين إليه، وَلأن فيما فوق الموضحة كسر العظم ولا قصاص فيه، وهذا رواية عن أبي حنيفة. وقال محمد في الأصل وهو ظاهر الرواية: يجب القصاص فيما قبل الموضحة لأنه يمكن اعتبار المساواة فيه، إذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف هلاك غالب فيسبر غورها بمسبار ثم تتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص. قال: **(وفيما دون الموضحة حكُومة عدل)** لأنه ليس فيها أرش مقدر ولا يمكن إهداره فوجب اعتباره بحكم العدل، وهو مأثور عن النخعي وعمر بن عبد

الجلد مأخوذ من قولهم حرص القصار الثوب إذا شقه في الدق ولا تدميه، ثم الدامية وهي التي تخدش الجلد وتدميه ولا تسيل الدم، هكذا الطحاوي وذكر شيخ الإسلام: هي التي تقشر الجلد وتدميه سواء كان سائلاً أو غير سائل، ثم الدامعة وهي التي تدمي وتسيل الدم، هكذا ذكر الصحاوي في كتابه. وذكر شيخ الاسلام: هي التي تسيل الدم أكثر مما يكون في الدامية من السيلان مأخوذ من دمع العين، فكأنها سميت بهذا الاسم لأن الألم يصل إلى صاحبها فتدمع عيناه بسبب ما يجد من الألم، إلى هنا لفظ المحيط فتبصر قوله: **(والباضعة وهي التي تبضع الجلد: أي تقطعه)** أقول: في تفسير الباضعة بما ذكره المصنف فتور، وإن تابعه صاحب الكافي وكثير من المتأخرين فيه، لأن قطع الجلد المتحقق في الصورة الأولى أيضاً سيما في الدامعة والدامية، إذ الظاهر أن شيئاً من إظهار الدم وإسالته لا يتصور بدون قطع الجلد. وقد صرح الشراح بتحقق قطع الجلد في كل من الأنواع العشرة للشجة فكان التفسير المذكور شاملاً للكل غير مختص بالباضعة، فالظاهر في تفسير ما ذكر في المحيط والبدائع حيث قال في المحيط: ثم الباضعة وهي التي تبضع اللحم: أي تقطعه. وقال في البدائع: والباضعة هي التي تبضع اللحم: أي تقطعه انتهى. ويعضد ذلك ما وقع في معتبرات كتب اللغة، فإذا قال في المغرب: وفي الشجاج الباضعة وهي التي جرحت الجلد وشقت اللحم انتهى. وقال في الصحاح: والباضعة: الشجة التي تقطع الجلد وتشق اللحم وتدمي إلا

الآمّة وهي العاشرة، ولم يذكر ما بعدها وهي الدامغة بالغين المعجمة، وهي التي تخرج الدماغ لأن النفس لا تبقى بعدها فكان ذلك قتلاً لا شجة على ما يجيء في الكتاب. وليس الكلام فيه، فقد علم بالاستقراء بحسب الآثار أن الشجاج لا تزيد على ما ذكر في الكتاب، وقد علم بذلك حقيقة كل واحدة منها، ثم ذكر الحكم بعد ذلك وهو واضح. قوله: **(ولأن فيما فوق الموضحة)** يريد ما هو أكبر شجة منها وهو الهاشمة والمنقلة والآمّة. وقوله: **(وفيما قبل الموضحة)** يريد الست المتقدمة عليها من الحارصة إلى السمحاق. والمسبار ما يسبر به الجرح: أي يقدر قدر غوره بحديدة أو غيرها، والمراد بقوله فيما دون الموضحة ما قبلها وهي الست المذكورة ووجوب حكومة عدل فيها إنما هو على رواية غير الأصل، وأما على روايته فقد قال: يجب القصاص فيما فوق الموضحة. وقوله: **(وفي الجائفة ثلث الدية)** قال في الإيضاح: الجائفة ما اتصل إلى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنبين، والاسم دليل عليه، ، وما وصل من الرقبة إلى الموضع الذي إذا وصل إليه الشراب كان مفطراً، وما فوق ذلك فليس بجائفة. قال في النهاية: فعلى هذا ذكر الجائفة هنا في مسائل الشجاج وقع اتفاقاً، وذلك لأن

الإظهار) أقول: أي إظهار الجلدة الرقيقة قال المصنف: **(وعن محمد أنه جعل المتلاحمة قبل الباضعة الخ)** أقول: وعلى ما ذكره محمد تبقى التي تأخذ من اللحم غير مذكورة، إلا أن تعم الباضعة لها كما ذكره الإمام الزيلعي وغيره من الشراح قال المصنف: **(ولأنه إنما ورد الحكم فيها الخ)** أقول: دليل على عدم جواز إلحاق الجراحة بها دلالة، ففي قوله ولأنه تسامح قال المصنف: **(وهو العضوان هذان لا سواهما)** أقول: اليد أيضاً كذلك، ثم الرأس يستر غالباً بالعمامة، نعم كشفه أكثر من كشف سائر البدن.

---

(١) غريب هكذا. قال الزيلعي في نصب الراية ٣٧٤/٤: غريب. وكذا ذكر ابن حجر ٢٧٨/٢: لم أجده. ثم قالا: وروى البيهقي عن طاووس مرسلاً: «ولا قصاص فيما دون الموضحة من الجراحات» اهـ.
ومفهومه أنه في الموضحة قصاص، وانظر سنن البيهقي ٨٣/٨.

العزيز. قال: **(وفي الموضحة إن كانت خطأ نصف عشر الدية، وفي الهاشمة عشر الدية، وفي المنقلة عشر الدية ونصف عشر الدية، وفي الآمة ثلث الدية، وفي الجائفة ثلث الدية، فإن نفذت فهما جائفتان ففيهما ثلثا الدية)** لما روي في كتاب عمرو بن حزم رضي الله عنه أن النبي عليه الصلاة والسلام قال: «وفي الموضحة خمس من الإبل، وفي الهاشمة عشر، وفي المنقلة خمسة عشر، وفي الآمة» ويروى «المأمومة ثلث الدية» وقال عليه الصلاة والسلام: «في الجائفة ثلث الدية»[1] وعن أبي بكر رضي الله عنه أنه حكم في جائفة نفذت إلى جانب الآخر بثلثي الدية، ولأنها إذا نفذت نزلت منزلة جائفتين إحداهما من جانب البطن وأخرى من جانب الظهر وفي كل جائفة ثلث الدية فلهذا وجب في النافذة ثلثا الدية[2]، وعن محمد أنه جعل المتلاحمة قبل الباضعة وقال: هي التي يتلاحم فيها الدم

أنه لا يسيل الدم انتهى. وقال في القاموس: والباضعة: الشجة التي تقطع الجلد وتشق اللحم شقاًخفيفاً وتدمي إلا أنها تسيل الدم انتهى. لا يقال: فعلى هذا تشتبه الباضعة بالمتلاحمة، فإذا قال في الكتاب: والمتلاحمة وهي التي تأخذ في اللحم، وهذا في المآل عين ما نقلته عن المحيط والبدائع في تفسير الباضعة. لأنا نقول: من فسر الباضعة بما نقلناه من المعنى الظاهر لا يقول بتفسير المتلاحمة بما ذكر في الكتاب حتى يلزم الاشتباه بل يزيد عليه قيداً. وعن هذا قال في المحيط: ثم الباضعة وهي التي تبضع اللحم: أي تقطعه. قال شيخ الاسلام: ولا تنزع شيئاً من اللحم. ثم المتلاحمة وهي التي تقطع اللحم وتنزع شيئاً من اللحم، إلى هنا لفظ المحيط. وقال في البدائع: والباضعة هي التي تبضع اللحم: أي تقطعه، والمتلاحمة هي التي تذهب في اللحم أكثر مما تذهب الباضعة فيه انتهى. وقال في المغرب: والمتلاحمة من الشجاج هى التي تشق اللحم دون العظم ثم تتلاحم بعد شقها: أي تتلاءم وتتلاصق اهـ، وقال في الصحاح: والمتلاحمة: الشجة التي أخذت في اللحم ولم تبلغ السمحاق انتهى. وقال في القاموس: وشجة متلاحمة أخذت فيه ولم تبلغ السمحاق انتهى. قوله: **(وفي الجائفة ثلث الدية)** قال في الإيضاح: الجائفة ما تصل إلى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنبين والاسم دليل عليه. وما وصل من الرقبة إلى الموضع الذي إذا وصل إليه الشراب كان مفطراً، وما فوق ذلك فليس بجائفة انتهى. وقال في النهاية ومعراج الدراية بعد نقل ذلك: فعلى هذا ذكر الجائفة هنا في مسائل الشجاج وقع اتفاقاً، وكذا قال في العناية نقلاً عن النهاية. أقول: نعم على ما ذكر في الايضاح يكون الأمر كذلك، إلا أن المصنف تداركه حيث قال فيما بعد: وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس أو جوف البطن: يعنى أنها لما تناولت ما في جوف الرأس أيضاً كانت من الشجاج فيما إذا وقعت في الرأس فتدخل في مسائل الشجاج باعتبار ذلك فلا يكون ذكرها في فصل الشجاج مما وقع اتفاقاً قوله: **(ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لغة)** قال في النهاية ومعراج الدراية: وكذلك تختص بالجبهة والوجنتين والذقن أيضاً على ما ذكرنا من رواية الايضاح انتهى. أقول: ليس لهذا الكلام وجه. إذ لا شك أن كل من الجبهة والوجنتين والذقن داخل في الوجه، لأنهم صرحوا في أول كتاب الطهارة بأن حد الوجه من قصاص الشعر إلى أسفل الذقن وإلى شحمتي الأذن، لأن المواجهة تقع بهذه الجملة وهو مشتق منها، وقد صرح الشراح فيما سيأتي في هذا الفصل حتى صاحبا النهاية ومعراج الدراية أنفسهما أيضاً لأن الذقن من الوجه بلا خلاف، والعظم

الشجاج تختص بالرأس والجبهة والوجه والذقن. وقوله: **(وهذا اختلاف عبارة لا يعود إلى معنى)** يعنى يرجع إلى مأخذ الاشتقاق، فمحمد ذهب إلى أن المتلاحمة مشتقة من التحم الشيئان إذا اتصل أحدهما بالآخر، فالمتلاحمة ما تظهر اللحم ولا تقطعه، والباضعة بعدها لأنها تقطعه. وقوله: **(وأما اللحيان)** يريد به العظم الذي تحت الذقن، وقوله: **(وقد تحقق فيه معنى**

---

(١) هو بعض حديث عمرو بن حزم تقدم في أول الباب. الذي قبله وانظر سنن البيهقي ٨/ ٨٥ وليس فيه ذكر «الهاشمة»

(٢) أثر أبي بكر. أسنده البيهقي ٨/ ٨٥ عن ابن المسيب قال... فذكره عن أبي بكر.

ويسودّ، وماذكرناه بدءاً مروى عن أبي يوسف وهذا اختلاف عبارة لا يعود إلى معنى وحكم. وبعد هذا شجة أخرى تسمى الدامغة وهي التي تصل إلى الدماغ. وإنما لم يذكرها لأنها تقع قتلاً في الغالب لا جناية مقتصرة منفردة بحكم على حدة، ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لغة. وما كان في غير الوجه والرأس يسمى جراحة، والحكم مرتب على الحقيقة في الصحيح، حتى لو تحققت في غيرهما نحو الساق واليد لا يكون لها أرش مقدر، وإنما تجب حكومة العدل لأن التقدير بالتوقيف وهو إنما ورد فيما يختص بهما. ولأنه إنما ورد الحكم فيها لمعنى الشين الذين يلحقه ببقاء أثر الجراحة، والشين يختص بما يظهر منها في الغالب وهو العضوان هذان لا سواهما. وأما اللحيان فقد قيل ليسا من الوجه وهو قول مالك، حتى لو وجد فيهما ما فيه أرش مقدر لا يجب المقدر. وهذا لأن الوجه مشتق من المواجهة، ولا مواجهة للناظر فيهما إلا أن عندنا هما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة، وقد

الذي تحت الذقن وهو اللحيان من الوجه أيضاً عندنا خلافاً لذلك. فقول المصنف ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس يشمل الكل، فبعد ذلك ما معنى أن يقال: وكذلك تختص بالجبهة والوجنتين والذقن أيضاً، وكل من العطف وأداة التشبيه يقتضي المغايرة لا محالة قوله: **(ولأنه إنما ورد الحكم فيها لمعنى الشين الذي يلحقه ببقاء أثر الجراحة)** قال بعض الفضلاء: دليل على عدم جواز إلحاق الجراحة بها دلالة. ففي قوله ولأنه تسامح انتهى. أقول: إن أراد أنه دليل على ذلك أصالة فهو ممنوع، وإن أراد أنه دليل أصالة على عدم وجود أرش مقدر في الجراحة التي في غير الوجه والرأس ولكن يتضمن الدلالة أيضاً على عدم جواز إلحاق تلك الجراحة بالشجاج دلالة فهو مسلم. ولكن قوله ففي قوله ولأنه تسامح ممنوع، لأن قوله لأن التقدير بالتوقيف دليل على عدم وجوب أرش مقدر في الجراحة الكائنة في غير الوجه والرأس. ولما كان قوله ولأنه إنما ورد الحكم فيها الخ دليلاً على ذلك أصالة كان حق الأداء أن يقال: ولأنه بلا تسامح أصلاً، ولعل ذلك البعض إنما غره تقدير صاحب الكافي ها هنا حيث قال: لأن الأثر بالتقدير جاء في الشجاج في الرأس والوجه وغيرهما ليس في معناهما حتى يلحق بهما، لأنه إنما ورد الحكم فيهما لمعنى الشين الذي يلحقهما ببقاء أثر الجراحة، والشين إنما يكون فيما يظهر من البدن وهو الوجه والرأس انتهى. ولكن لتقرير المصنف شأن آخر كما ترى قوله: **(إلا أن عندنا هما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة، وقد يتحقق فيهما معنى المواجهة أيضاً)** قال في النهاية وفي مبسوط شيخ الإسلام: ويجب أن يفترض غسل اللحيين في الطهارة لأنها من الوجه على الحقيقة، إلا أنا تركنا هذه الحقيقة بالإجماع ولا إجماع ها هنا فبقيت العبرة للحقيقة انتهى. وهكذا ذكر في الكفاية ومعراج الدراية أيضاً. وأما صاحب العناية فذكره على وجه السؤال والجواب حيث قال: قيل عليه فيجب أن يكون غسلهما فرضاً في الطهارة. وأجيب بأنا تركنا هذه الحقيقة بالإجماع ولا إجماع ها هنا فبقيت العبرة للحقيقة انتهى. واقتفى أثره الشارح العيني. أقول: في الجواب إشكال عندي لأن اللحيين إذا كانا من الوجه على الحقيقة كانا داخلين تحت قوله تعالى ﴿فاغسلوا وجوهكم﴾ المائدة (٦) فيكون ترك وجوب غسلهما بالإجماع نسخاً للكتاب بالإجماع، وقد تقرر في أصول الفقه أن الإجماع لا ينسخ الكتاب ولا السنة قوله: **(وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس أو جوف البطن)** أقول: فيه كلام، وهو أن الجائفة إن تناولت ما في جوف الرأس أيضاً فالتي في جوف الرأس منها إن كانت من أحد الأنواع العشرة للشجاج فما معنى ذكرها وبيان

المواجهة) قيل عليه فيجب أن يكون غسلهما فرضاً في الطهارة. وأجيب بأنا تركنا هذه الحقيقة بالإجماع، ولا إجماع ها هنا فبقيت العبرة للحقيقة. وقوله: **(ثم ينظر إلى تفاوت ما بين القيمتين)** مثاله إن كانت قيمته من غير جراحة تبلغ ألفاً ومع الجراحة تبلغ تسعمائة علم أن الجراحة أوجبت نقصان عشر قيمته فأوجبت عشر الدية لأن قيمة الحر ديته. قال قاضيخان: والفتوى على هذا. وقوله: **(ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة)** بيانه أن هذه الشجة لو كانت باضعة مثلاً فإنه ينظر كم

يتحقق فيه معنى المواجهة أيضاً. وقالوا: الجائفة تختص بالجوف: جوف الرأس أو جوف البطن، وتفسير حكومة العدل على ما قاله الطحاوي أن يقوّم مملوكاً بدون هذا الأثر ويقوّم وبه هذا الأثر، ثم ينظر إلى تفاوت ما بين القيمتين، فإذا كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر الدية، وإن كان ربع عشر فربع عشر. وقال الكرخي: ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية، لأن ما لا نص فيه يردّ إلى المنصوص عليه.

حكمها بعد ذكر تلك الأنواع بأسرها وبيان حكم كل واحد منها، وإن لم تكن من أحد تلك الأنواع بل كانت مغايرة لها فما معنى قوله في صدر الفصل الشجاج عشرة، إذ تكون الشجاج حينئذٍ إحدى عشرة، اللهم إلا أن يقال: هي إحدى تلك الأنواع وهو الآمّة بدلالة كون حكمها ثلث الدية، وذكرها مع حكمها بعد ذكر تلك الأنواع مع أحكامها لبيان حال قسمها الذي في جوف البطن لا لبيان حال قسمها الذي في جوف الرأس لكنه تعسف لا يخفى.

مقدار الباضعة من الموضحة، فإن كان مقدارها ثلث الموضحة وجب ثلث أرش الموضحة، وإن كان ربع الموضحة يجب ربع أرش الموضحة، وإن كان ثلاثة أرباع الموضحة يجب ثلاثة أرباع أرش الموضحة. قال شيخ الاسلام: هذا هو الأصح لحديث عليّ فإنه اعتبر حكومة العدل في الذي قطع طرف لسانه بهذا الاعتبار ولم يعتبر بالعبيد.

فصل

قال: (وفي أصابع اليد نصف الدية) لأن في كل أصبع عشر الدية على ما روينا[١]، فكان في الخمس الدية نصف ولأن في قطع الأصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب على ما مرّ (فإن قطعها مع الكفّ ففيه أيضاً

فصل في الأطراف دون الرأس

لما كانت الأطراف دون الرأس ولها حكم على حدة ذكرها في فصل على حده، كذا في العناية وغيرها. أقول: لا يذهب عن الناظر مسائل هذا الفصل أنها غير منحصرة في الأطراف، بل بعضها متعلقة بالأطراف وبعضها متعلقة بالشجاج، وبعضها متعلق بالقتل، فالوجه المذكور إنما يتمشى في بعض منها دون الكل، فالأوجه عندي أن يقال: لما كانت مسائل هذا الفصل مسائل متفرقة ولهذا كانت كل مسألة منها في باب على حدة في مختصر الكرخي كما ذكر في غاية البيان أوردها المصنف في فصل على حده وأخرها عن الفصلين المارّين جرياً على ما هو عادة المصنفين من جمع المسائل المتفرقات في فصل واحد وتأخيرها عن سائر الفصول تلافياً لما فات فيها، إلا أنه لم يصرح بكونها مسائل متفرقة كما هو المعتاد أيضاً اعتماداً على فهم الناظرين قوله: (وفي أصابع اليد نصف الدية) أي في أصابع اليد الواحدة نصف الدية، إذ في أصابع اليدين كما الدية كما مر أقول: لقائل أن يقول: لما ذكر فيما مر أن في كل أصبع من أصابع اليدين أو الرجلين عشر الدية كان ذكره هذه المسألة ها هنا مستدركاً، إذ لا شك أن خمسة أعشار الدية نصف الدية. فعلم قطعاً مما مر أن في أصابع اليد الواحدة وهي خمس أصابع نصف الدية، ولو لم يكف الاستلزام والاقتضاء في حصول العلم مسألة بل كان لا بد فيه من التصريح بها للزم أن يذكر أيضاً أن في الأصبعين عشري الدية وفي ثلاث أصابع ثلاثة أعشار الدية وفي أربع أصابع أربعة أعشار الدية، إلى غير ذلك من المسائل المتروك ذكرها صراحة في الكتاب. ويمكن الجواب عنه بأن ذكر هذه المسألة هنا ليس لبيان نفسها أصالة حتى يتوهم الاستدراك، بل ليكون ذكرها توطئة للمسألة المعاقبة إياها وهي قوله فإن قطعها مع الكف ففيه أيضاً نصف الدية، فالمقصود بالبيان هنا أن قطع الأصابع وحدها وقطعها مع الكف سيان في الحكم، وعن هذا قال في الوقاية في هذا المقام: وفي أصابع يد بلا كف ومعها نصف الدية قوله: (ولأن في قطع الأصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو موجب على ما مر) يعني أن قطع كلها تفويت جنس منفعة البطش وهو يوجب الدية كاملة على ما مر، ففي تفويت نصف منفعة البطش اللازم من قطع أصابع اليد الواحدة نصف الدية لا محالة. ثم إن جمهور الشراح قالوا: قوله على ما مر إشارة إلى قوله ولأن في قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشرة فتقسم الدية عليها. أقول: فيه بحث، إذ الظاهر أن قوله على ما مر متعلق بقوله وهو الموجب لا بما قبله، وإلا لكان حق قوله وهو الموجب أن يؤخر عن قوله على ما مر، وإذا كان قوله على ما مر متعلقاً بقوله وهو الموجب لم يتم أن يشار به إلى ما قاله هؤلاء الشراح، إذ ليس في ذلك تعرض لما هو موجب للدية حتى يشار إليه هنا بقوله كما مر. وقال صاحب الغاية هنا: قوله وهو الموجب على ما مر: أي الموجب للدية تفويت جنس المنفعة لا تفويت صورة الآلة على ما مر في فصل فيما دون النفس اهـ. أقول: هذا أبعد مما ذهب إليه جمهور الشراح. لأن بيان كون

فصل

لما كانت الأطراف دون الرأس ولها حكم على حدة ذكرها في فصل على حدة (في أصابع اليد نصف الدية) لأن في كل

فصل في أصابع اليد

قال المصنف: (في أصابع اليد نصف الدية) أقول: ولا يعلم فيه خلاف.

---

(١) تقدم في الباب الذي قبله.

نصف الدية) لقوله عليه الصلاة والسلام «وفي اليدين الدية، وفي إحداهما نصف الدية»[1] ولأن الكفّ تبع للأصابع لأن البطش بها **(وإن قطعها مع نصف الساعد ففي الأصابع والكفّ نصف الدية، وفي الزيادة حكومة عدل)** وهو رواية عن أبي يوسف. وعنه: أن ما زاد على أصابع اليد والرجل فهو تبع للأصابع إلى المنكب وإلى الفخذ، ولأن الشرع

الموجب للدية تفويت جنس المنفعة لا تفويت صورة الآلة مما لا فائدة له أصلاً فيما نحن فيه، لأن المفروض فيه قطع أصابع اليد الواحدة على ما يدل عليه قوله ولأن في قطع الأصابع تفويت جنس منفعة البطش دون مجرد إزالة منفعتها بدون القطع حتى يتصور كون المصنف ها هنا على ما مر إشارة إلى ما ذكره في فصل فيما دون النفس قبيل فصل الشجاج بقوله لأن المتعلق تفويت جنس المنفعة لا تفويت الصورة كما زعمه صاحب الغاية، بخلاف ما مر في ذلك الفصل. فإن وضع المسألة هناك فيمن ضرب عضواً فأذهب منفعته بدون أن يقطعه، فلبيان كون الموجب للدية تفويت جنس المنفعة لا تفويت الصورة تأثير تام وفائدة ظاهرة هناك. ثم أقول: الأقرب إلى الحق عندي أن يقول قول المصنف هنا على ما مر إشارة إلى ما ذكره في أوائل فصل فيما دون النفس من قوله والأصل في الأطراف أنه إذا فوت جنس منفعة على الكمال أو أزال جمالاً مقصوداً في الآدمي على الكمال يجب كل الدية لإتلافه النفس من وجه وهو ملحق بالإتلاف من كل وجه تعظيماً للآدمي اهـ. فإن الظاهر منه أن الموجب للدية الكاملة في الأطراف تفويت جنس المنفعة أو إزالة الجمال المقصود في الآدمي على الكمال فيناسب الإشارة إليه هنا بقوله على ما مر في قوله وهو الموجب على ما مر قوله: **(ولهما أن اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والأصابع دون الذراع)** أقول: لقائل أن يقول: الظاهر من هذا الكلام أن يكون لكل واحد من الكف والأصابع مدخل في البطش، ومدلول قوله فيما قبل ولأن الكف تبع الأصابع لأن البطش بها أن يكون الباطش هو الأصابع لا غير، فبين كلاميه في المقامين نوع تدافع، وكأن صاحب الكافي تفطّن له حيث غير تحرير المصنف هنا فقال: لهما أن أرش اليد إنما يجب باعتبار آلة باطشة، والأصل في البطش الأصابع والكف تبع لها، أما الساعد، فلا يتبعها لأنه غير متصل بها فلم يجعل تبعاً لها في حق التضمين انتهى. ثم أقول: يمكن التوفيق بين كلامي المصنّف بنوع عناية، وهو أن يقدر المضاف في قوله فيما قبل لأن البطش بها: أي لأن أصل البطش بها كما قال في الكافي هناك، لأن قوام البطش بها فلا ينافي أن يكون بالكف أيضاً بطش في الجملة بالتبعية فيرتفع التدافع قوله: **(لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الأعضاء فصار كما إذا أوضحه فمات)** أقول: فيه نظر، إذ لو كان فوات العقل بمنزلة الموت وكان هذا مدار دخول أرش الموضحة في الدية لما تم ما سبق في فصل فيما دون النفس من أنه قد روي أن عمر رضي الله عنه قضى بأربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر، فإنهم صرحوا بأنه لو مات من الشجة لم يلزمه إلا دية واحدة، فلو صح كون فوات العقل بمنزلة الموت لما لزم في ضربة ذهب بها العقل إلا دية واحدة فليتأمل قوله: **(وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط)** قال صاحب النهاية: أي لو نبت الشعر والتأمت الشجة فصار كما كان لا يجب شيء فثبت بهذا أن وجوب أرش الموضحة بسبب فوات الشعر انتهى. وقال صاحب العناية: قوله وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر لبيان الجزئية، وقوله حتى لو نبت يعني الشعر يسقط: يعني أرش الموضحة لبيان أن الأرش يجب بالفوات، كذا في النهاية، وليس بالمفتقر إليه بكونه معلوماً اهـ. أقول: إن قوله وليس بمفتقر إليه لكونه معلوماً ليس بشيء إذ لا ريب أن كون وجوب أرش موضحة بفوات جزء من الشعر

أصبع عشر الدية على ما روينا من قوله ﷺ «في كل أصبع عشر من الإبل» وقوله: **(على ما مر)** إشارة إلى قوله ولأن في قطع الكل تفويت جنس المنفعة الخ. وقوله: **(ولا تبع للتبع)** يعنى وإذا لم يكن تبعاً للأصابع ولا للكفّ وجب اعتباره على حدة إذ

---

(١) تقدم في كتاب عمرو بن حزم مستوفياً عند فصل: فيما دون النفس.

أوجب في اليد الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة إلى المنكب فلا يزاد على تقدير الشرع. ولهما أن اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكفّ دون الذراع فلم يجعل الذراع تبعاً في حق التضمين، ولأنه لا وجه إلى أن يكون تبعاً للأصابع لأن بينهما عضواً كاملاً، ولا إلى أن يكون تبعاً للكفّ لأنه تابع ولا تبع للتبع. قال: **(وإن قطع الكف من المفصل وفيها أصبع واحدة ففيه عشر الدية، وإن كان أصبعين فالخمس، ولا شيء في الكفّ)** وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: ينظر إلى أرش الكفّ والأصبع فيكون عليه الأكثر، ويدخل القليل في الكثير لأنه لا وجه إلى الجمع بين الأرشين لأن الكل شيء واحد، ولا إلى إهدار أحدهم لأن كل واحد منهما أصل من وجه فرجحنا بالكثرة. وله أن الاصابع أصل والكف تابع حقيقة وشرعاً، لأن البطش يقوم بها، وأوجب الشرع في أصبع واحدة عشراً من الإبل، والترجيح من حيث الذات والحكم أولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب **(ولو كان في الكف ثلاثة أصابع يجب أرش الأصابع ولا شيء في الكفّ بالإجماع)** لأن الأصابع أصول في التقوّم، وللأكثر حكم الكل فاستتبعت الكفّ، كما إذا كانت الأصابع قائمة بأسرها. قال: **(وفي الأصبع الزائدة حكومة عدل)** تشريفاً للآدمي لأنه جزء من يده، ولكن لا منفعة فيه ولا زينة **(وكذلك السن الشاغية)** لما قلنا **(وفي عين الصبيّ وذكره ولسانه إذا لم**

لا بمجرد تفريق الاتصال. والإيلام الشديد أمر خفي جداً غير معلوم بدون البيان والإعلام، إذ كان الظاهر المتبادر مما ذكروا في فصل الشجاج أن لا يشترط في وجوب أرش الموضحة فوات جزء من الشعر بالكلية بأن لا ينبت بعد أصلاً، فإنهم قالوا: الموضحة من الشجاج هي التي توضح العظم: أي تبينه ثم بينوا حكمها بأنه القصاص إن كان عمداً، ونصف عشر الدية إن كانت خطأ، ولاشك أن اسم الموضحة وحدّها المذكور يتحققان فيما نبت فيه الشعر أيضاً، فكان اشتراط أن لا ينبت الشعر بعد البرء أصلاً في وجوب أرشها أمراً خفياً محتاجاً إلى البيان بل إلى البرهان، ولهذا قال المصنف: وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط. وقال في الكافي: ووجوب أرش الموضحة باعتبار ذهاب الشعر، ولهذا لو نبت الشعر على ذلك الموضع واستوى لا يجب شيء. وقال في المبسوط: وجوب أرش الموضحة باعتبار ذهاب الشعر بدليل أنه لو نبت الشعر على ذلك الموضع فاستوى كما كان لا يجب شيء إلى غير ذلك من البيانات الواقعة من الثقات قوله: **(وجوابه ما ذكرناه)** قال في العناية: قيل

لا وجه لإهداره، ولم يرد فيه من الشارع شيء مقدر فيجب فيه حكومة عدل، وأجيب عن قوله واليد اسم لهذه الجارحة بالمنع، فإن اليد إذا ذكرت في موضع القطع فالمراد به من مفصل الزند كما في آية السرقة. وقوله: **(وإن قطع الكفّ من المفصل)** واضح وقوله: **(والترجيح من حيث الذات والحكم أولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب)** يعنى أن الترجيح من حيث الحقيقة والشرع، أما من حيث الحقيقة فهو أن البطش بالأصابع، وأما من حيث الحكم فلأن الأصبع له أرش مقدر والكف ليس كذلك، وما ثبت فيه التقدير شرعاً فهو ثابت بالنص، وما لا تقدير فيه شرعاً فهو ثابت بالرأي، وهو لا يعارض النص فكان ما ثبت فيه التقدير نصاً أولى، فإن المصير إلى الرأي ضرورة ولا ضرورة عند إمكان إيجاب الأرش المقدر شرعاً. ولما كان الاعتبار عند أبي حنيفة لتقدير الشرع نصاً لم يفرق بين الباقي من الأصابع واحداً أو أكثر لأن للأصبع الواحدة أرشاً مقدراً فيجعل الكفّ تبعاً للأصبع الواحدة، وكذا المفصل الواحد من الأصبع في ظاهر الرواية لأن له أرشاً مقدراً، وما بقي شيء من الأصل وإن قلّ فلا حكم للتبع. وقوله: **(في الأصبع الزائدة حكومة عدل)** يعني سواء قطع عمداً أو خطأ، وسواء كان للقاطع أصبع زائدة أو لا، أما إذا لم يكن فأنه لا وجه إلى قطع أصبع أخرى فلا يجب القصاص، كمن قطع إبهام إنسان وليس له إبهام ولأن المساواة في القيمة شرط جريان القصاص ولم توجد لأن قيمة الأصبع الزائدة حكومة عدل وقيمة

قوله: **(وأجيب بأن إزالة جزء الآدمي الخ)** أقول: وجوب الحكومة يدل على ذلك لأنها باعتبار النقص في القيمة وذلك بالشين اللاحق به وقول الكرخي لا يمكن اعتباره في غير الرأس والوجه كما لا يخفى قال المصنف: **(وقال الشافعي: تجب دية كاملة)** أقول: قال الكاكي: وبه قال أحمد والثوري لعموم الحديث. قلنا: خص منه لسان الأخرس انتهى. وفيه أنه لا يدفع عموم حديث العين والذكر

تعلم صحته حكومة عدل) وقال الشافعي: تجب فيه دية كاملة، لأن الغالب فيه الصحة فأشبه قطع المارن والأذن. ولنا أن المقصود من هذه الأعضاء المنفعة، فإن لم يعلم صحتها لا يجب الأرش الكامل بالشك، والظاهر لا يصلح حجة للإلزام بخلاف المارن والأذن الشاخصة، لأن المقصود هو الجمال وقد فوّته على الكمال **(وكذا لو استهلّ الصبي)** لأنه ليس بكلام وإنما هو مجرد صوت ومعرفة الصحة فيه بالكلام وفي الذكر بالحركةِ وفي العين بما يستدل به على النظر فيكون حكمه بعد ذلك حكم البالغ في العمد والخطأ، قال: **(ومن شج رجلاً فذهب عقله أو شعر رأسه دخل أرش الموضحة في الدية)** لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الأعضاء فصار كما إذا أوضحه فمات، وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر، حتى لو نبت يسقط، والدية بفوات كل الشعر وقد تعلقا بسبب واحد

يعني به قوله لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الأعضاء، وقيل قوله وقد تعلقا بسبب واحد وهو أشمل من الأول انتهى. أقول: في قوله وهو أشمل بحث، لأن المراد بسبب واحد في قول المصنف وقد تعلقا بسبب واحد إنما هو فوات الشعر كما يرشد إليه قوله فدخل الجزء في الجملة، لأن الجزئية إنما توجد في صورة فوات شعر رأسه بالشجة لا في صورة ذهاب عقله بها، وقد صرّح الشراح حتى صاحب العناية نفسه يكون مراد المصنّف بسبب واحد هناك فوات الشعر حيث قال في شرحه قوله وقد تعلقا: يعنى أرش الموضحة والدية بسبب واحد وهو فوات الشعر، لكن سبب الموضحة البعض وسبب الدية الكل فدخل الجزء في الجملة انتهى. ولا يخفى أن هذا المعنى يختص بالمسألة الثانية، وهي صورة ذهاب شعر رأسه، كما أن قوله لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الأعضاء مختص بالمسألة الأولى وهي صورة ذهاب عقله، فكيف يصح القول أن القيل الثاني أشمل من الأول؟ والوجه عندي أن يكون مراد المصنف بقوله ما ذكرناه في قوله وجوابه ما ذكرناه مجموع ما ذكره في تعليلي المسألتين فحينئذٍ يوجد الشمول بلا غبار كما لا يخفى قوله: **(وجه الأول أن كل واحد جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فأشبه الأعضاء المختلفة، بخلاف العقل لأن منفعته عائدة إلى جميع الأعضاء)** قال في معراج الدراية: قال الهندواني: كنا نفرق بهذا الفرق حتى رأيت ما ينقضه، وهو أنه لو قطع يده فذهب عقله أن عليه دية العقل وأرش اليد بلا خلاف من أحد، فلو كان زوال العقل كزوال الروح لما وجب أرش اليد كما لو مات، والصحيح من الفرق أن الجناية وقعت على عضو واحد في العقل، ووقعت في السمع والبصر على عضوين فلا يدخل انتهى. أقول: كما ينتقض الفرق المذكور في الكتاب بالمسألة التي ذكرها الهندواني كذلك ينتقض ما عدّه صحيحاً من الفرق بتلك المسألة، فإن الجناية وقعت

الأصبع الغير الزائدة أرش مقدر فلا مساواة بينهما في القيمة. وأما إذا كان له أصبع زائدة فلأن المساواة في القيمة يقينا شرط جريان القصاص ولم يوجد لما قلنا إن الواجب في قطع الزائد حكومة عدل وهي تعرف بالقيمة والقيمة تعرف بالحزر والظن فلا يقين ثمة. وقوله: **(لأنه جزء من يده ولكن لا منفعة فيه ولا زينة)** قيل عليه إنه منقوض بما إذا كان في ذقن رجل شعيرات معدودة فأزالها رجل ولم ينبت مثلها فإنه يجب حكومة عدل وإن كان الشعر جزءاً من الآدمي بدليل أنه لا يحل الانتفاع به. وأجيب بأن إزالة جزء الآدمي إنما توجب حكومة عدل إذا بقي من أثره ما يشينه كما في قطع الأصبع الزائدة، وإزالة الشعيرات تزينه لا تشينه فلا توجبها، كما لو قص ظفر غيره بغير إذنه. وقوله: **(وكذلك السن الشاغية)** أي الزائدة **(لما قلنا)** يريد قوله لأنه جزء من يده، فإن السن جزء من فمه والسن الشاغية هي التي يخالف نبتها نبت غيرها من الأسنان: يقال رجل أشغى وامرأة شغواء، فإنها وإن كانت زائدة فهي نقصان معنى. وقوله: **(والظاهر لا يصلح حجة للإلزام)** وإنما قيد بالإلزام لأن مثل هذا الظاهر يصلح حجة لغير الإلزام، حتى لو أعتق صغيراً لا يعلم صحة هذه الأعضاء منه يقيناً يخرج عن عهدة الكفارة لأن الغالب هو السلامة، وقد تقدم من قبل في قوله ويجزيه رضيع. قال: **(ومن شج رجلاً فذهب عقله أو شعر رأسه)** في هذا بيان

قوله: **(أو من حيث أن العقل ليس في موضع يشار إليه إلخ)** أقول: قال العلامة الكاكي: وفيه تأمل، إذ بعض أهل السنة قالوا: محل العقل القلب، وبعضهم قالوا محله الرأس انتهى. فكان الأولى أن يقال من حيث بطلان منفعة جميع الأعضاء كما قاله المصنف، فشرح كلامه بما ذكره لا يطابق المشروح.

فدخل الجزء في الجملة كما إذا قطع أصبع رجل فشلّت يده. وقال زفر: لا يدخل لأن كل واحد منهما جناية فيما دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات. وجوابه وما ذكرناه. قال: **(وإن ذهب سمعه أو بصره أو كلامه فعليه أرش الموضحة مع الدية)** قالوا: هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف. وعن أبي يوسف أن الشجة تدخل في دية السمع والكلام ولا تدخل في دية البصر. وجه الأول أن كلاً منهما جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فأشبه الأعضاء المختلفة، بخلاف العقل لأن منفعته عائدة إلى جميع الأعضاء على ما بينا. ووجه الثاني أن السمع والكلام

فيها أيضاً على عضو واحد وهو اليد، مع أنه لم يدخل أرش اليد في الدية، وإن اعتبر العقل في تلك المسألة عضواً مغايراً لعضو اليد فتكون الجناية فيها واقعة على العضوين بذلك الاعتبار، فلم لم يعتبر العقل في مسألة الشجة أيضاً مغايراً لمحل الشجة حتى تكون هذه المسألة أيضاً بذلك الاعتبار من قبيل ما وقعت الجناية على عضوين فلا يدخل الأرش في الدية كما في السمع والبصر. وبالجملة ما عدّه الهندواني صحيحاً من الفرق هنا لا يخلو عن الانتقاض أيضاً فتأمل قوله: **(ووجه الثاني أن السمع والكلام مبطن)** قال صاحب العناية: قيل يراد به الكلام النفسي بحيث لا ترتسم فيها المعاني ولا يقدر على نظم التكلم، فإن كان المراد ذلك كان الفرق بينه وبين ذهاب العقل عسراً جداً، وإن كان المراد به التكلم بالحروف والأصوات ففي جعله مبطناً نظر انتهى. أقول: يمكن أن المراد به هو الثاني، والمراد بكون السمع والكلام مبطناً كون محلهما مستوراً غائباً عن الحس، بخلاف البصر فإن محله ظاهر مشاهد فيندفع النظر كما ترى قوله: **(وينبغي أن تجب الدية في المفصل الأعلى وفيما بقي حكومة عدل)** أقول: لقائل أن

أن الجزء قد يدخل في الكل قوله: **(فصار كما إذا أوضحه فمات)** يعنى من حيث أن ذهاب العقل في معنى تبديل النفس وإلحاقه بالبهائم أو من حيث أن العقل ليس في موضع يشار إليه فصار كالروح للجسد. وقوله: **(وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر)** لبيان الجزئية. وقوله: **(حتى لو نبت)** يعني الشعر **(يسقط)** يعني أرش الموضحة لبيان أن الأرش يجب بالفوات كذا في النهاية، وليس بمفتقر إليه لكونه معلوماً. وقوله: **(وقد تعلقا)** يعني أرش الموضحة والدية **(بسبب واحد)** وهو فوات الشعر لكن سبب الدية الكل فدخل الجزء في الجملة كما إذا قطع أصبع رجل فشلت يده. وقوله: **(وجوابه ما ذكرناه)** قيل يعني به قوله لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الأعضاء. وقيل قوله وقد تعلقا بسبب واحد وهو أشمل من الأول. وقوله: **(قالوا)** يعني المشايخ **(هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف)** قال في النهاية: ذكر أبي يوسف مع أبي حنيفة وقع سهواً لكونه مخالفاً لجميع روايات الكتب المتداولة، فينبغي أن يذكر محمداً مكان أبي يوسف كما هو في الإيضاح، أو لا يذكر أحداً أصلاً كما هو رواية المبسوط وشروح الجامع الصغير والذخيرة والمغني، وهذا الذي ذكره إذا كان خطأ، وأما إذا كان عمداً يجب أرش الموضحة ودية السمع والبصر عند أبي حنيفة، وعندهما يجب القصاص في الشجة والدية في السمع والبصر. وقوله: **(وجه الأول)** هو أن أرش الموضحة لا يدخل في الدية الواجبة بذهاب السمع والبصر والكلام. وقوله: **(على ما بينا)** يعني قوله لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الأعضاء. وقوله: **(ووجه الثاني)** يعنى قوله وعن أبي يوسف أن السمع والكلام مبطن، قيل يراد به الكلام النفسي بحيث لا تترسم فيها المعاني ولا يقدر على نظم التكلم، فإن كان المراد ذلك كان الفرق بينه وبين ذهاب العقل عسراً جداً، وإن كان المراد به التكلم بالحروف والأصوات ففي جعله مبطناً نظر. وقوله: **(وقالوا)** يعني المشايخ: أي قال المشايخ **(ينبغي أن تجب الدية فيهما)** أي في العينين **(والأرش في الموضحة)** وقالا: في الموضحة القصاص **(قالوا)** أي المشايخ **(وينبغي أن تجب الدية في العينين)** وقوله: **(لهما في الخلافية)** أي فيما شجّ رجلاً موضحة فذهبت عيناه، قالا: يجب في الموضحة القصاص وفي العينين الدية **(وله)** أي ولأبي حنيفة **(أن الجراحة الأولى سارية)** والجراحة التي تعمل قصاصاً قد لا تكون سارية إذ ليس في وسعه فعل ذلك فلا يكون مثلاً للأولى، ولا قصاص بدون المماثلة **(ولأن الفعل واحد وهو الحركة القائمة)** أي الثابتة حال الشجّ **(وكذا المحل)** أي محل الجنايتين **(واحد من وجه لاتصال أحدهما بالآخر)** ونهاية الجناية لم توجب القصاص بالاتفاق فيورث الشبهة في البداية نظراً إلى اتحادهما. وقوله: **(بخلاف النفسين)** جواب عن قولهما كمن رمى إلى رجل عمداً فأصابه وتعدّى إلى غيره فقتله. ووجه ذلك أنا جعلنا الفعل واحداً من حيث أن الثاني حصل من سراية الأول وها هنا ليس كذلك، فإن السراية إنما تكون بتعاقب الآلام وهو إنما يتحقق

مبطن فيعتبر بالعقل، والبصر ظاهر فلا يلحق به. قال: **(وفي الجامع الصغير: ومن شج رجلاً موضحة فذهبت عيناه فلا قصاص في ذلك)** عند أبي حنيفة. قالوا: وينبغي أن تجب الدية فيهما وقالا: **(في الموضحة القصاص)** قالوا: وينبغي أن تجب الدية في العينين. قال: **(وإن قطع أصبع رجل من المفصل الأعلى فشلّ ما بقي من الأصبع أو اليد كلها لا قصاص عليه في شيء من ذلك)** وينبغي أن تجب الدية في المفصل الأعلى وفيما بقي حكومة عدل **(وكذلك لو كسر سن رجل فاسودّ ما بقي)** ولم يحك خلافاً وينبغي أن تجب الدية في السن كله **(ولو قال اقطع المفصل واترك ما يبس أو اكسر القدر المكسور واترك الباقي لم يكن له ذلك)** لأن الفعل في نفسه ما وقع موجباً للقود فصار كما لو شجه منقلة فقال أشجه موضحة وأترك الزيادة. لهما في الخلافية أن الفعل في محلين فيكون جنايتين مبتدأتين فالشبهة في إحداهما لا تتعدى إلى الأخرى، كمن رمى إلى رجل عمداً فأصابه ونفذ منه إلى غيره فقتله يجب القود في الأول والديه في الثاني. وله أن الجراحة الأولى سارية والجزاء بالمثل، وليس في وسعه الساري فيجب المال، ولأن الفعل واحد حقيقة وهو الحركة القائمة، وكذا المحل متحد من وجه لاتصال أحدهما بالآخر فأورثت نهايته شبهة الخطإ في البداية، بخلاف النفسين لأن أحدهما ليس من سراية صاحبه، وبخلاف ما إذا وقع السكين على الأصبع لأنه ليس

يقول: هذا يخالف وينافي ما ذكره فيما قبل من قوله وقد تعلقا بسبب واحد فدخل الجزء في الكل، كما إذا قطع أصبع رجل فشلت يده فإن مقتضى ما أسلفه يجب في الكل الدية ويدخل الجزء في الكل على خلاف ما ذكره ها هنا، اللهم إلا أن يكون بناء اختلاف ما ذكره في المقامين على اختلاف الروايتين في المسألة، ومما يعضده كلام تاج الشريعة هنا حيث قال: وذكر الصدر الشهيد في الجامع على نحو ما ذكر هنا، وذكر فخر الاسلام البزدوي في مبسوطه: أجمعوا على أنه لو قطع مفصلاً من أصبع فشلّ الباقي فإنه يجب في الكل الأرش ويجعل كله جناية واحدة انتهى تدبر قوله: **(ولهذا يستأني حولاً بالإجماع)** أي يؤجل سنة بالإجماع. وذكر في التتمة أن سن البالغ إذا سقط

في شخص واحد. وقوله: **(وبخلاف ما إذا وقع السكين على الأصبع)** جواب عما يقال: إذا قطع أصبع رجل عمداً فاضطرب السكين ووقع على أصبع أخرى فقطعها يقتص للأولى دون الثانية، فما بال مسألتنا لم تكن كذلك؟ ووجهه أن القطع الثاني إنما لم يورث الشبهة في القصاص لأنه فعل مقصود، وأما ذهاب العين بالسراية فليس بفعل مقصود. فقوله: **(لأنه ليس فعلاً مقصوداً)** الضمير فيه عائد إلى ذهاب العين بالسراية، وبهذا التوجيه يندفع ما قال في النهاية إن في قوله لأنه ليس فعلاً مقصوداً نظر، وأن الصواب ما ذكره في الذخيرة أنه مقصود ولكن ليس من أثره، فإنه رجع الضمير إلى الفعل الثاني فاختل الكلام وقد ذكر المصنف فرقين بناء على ما ذكر من الدليلين: الأول بالنسبة إلى الأول، والثاني إلى الثاني وقالا: **(وزفر)** تركيب غير جائز، ولو قال: وقالا هما وزفر كان صواباً. وقوله: **(والوجه من الجانبين قد ذكرناه آنفاً)** يريد قوله ومن شجّ رجلاً موضحة فذهبت عيناه الخ. وقوله: **(أنه يجب القصاص فيهما)** أي في الشجة وذهاب البصر، فرق محمد على هذه الرواية بين ذهاب البصر من الشجة وبين ذهاب السمع منها فأوجب القصاص فيهما في الأول دون الثاني، لأنه لو ذهب سمعه بفعل مقصود بأن ضرب على رأسه حتى ذهب سمعه لا يجب القصاص لتعذر اعتبار المساواة، بخلاف البصر فإن ذهابه إن كان بفعل مقصود يجب القصاص فكذلك بسراية الموضحة. وقوله: **(بخلاف الخلافية الأخيرة)** يعني قوله وإن قطع أصبعاً فشلت إلى جنبها أخرى. وقوله: **(الا يرى أن الشجة بقيت موجبة في نفسها)** حتى وجب أرشها مع دية العينين عند أبي حنيفة والقصاص في الموضحة والأرش في العينين عندهما. وقوله: **(فتآكلتا)** أي صارتا واحدة بالأكل **(فهو على الروايتين)** أي الرواية المشهورة ورواية ابن سماعة **(عن محمد)** يعني لا قصاص على المشهور، وفيهما القصاص على رواية ابن سماعة **(وعن أبي يوسف أنه إذا قلع سن بالغ فنبت مكانها أخرى يجب حكومة عدل)** لمكان الألم الحاصل يقوّم وليس به هذا الألم ويقوّم وبه هذا الألم، فيجب ما انتقص منه بسبب الألم من القيمة. وقوله: **(فنبتت سن الأول)** يعني بغير اعوجاج، وإن نبت معوجاً تجب حكومة عدل. قوله: **(ولهذا يستأني حولاً)** أي يؤجل سنة **(بالإجماع)** وقال في التتمّة: حتى يبرأ موضع السن لا الحول هو الصحيح، لأن نبات سن البالغ نادر فلا يفيد التأجيل قبله وليس بظاهر، وأنما الظاهر ما قال المصنف لأن الحول مشتمل على الفصول الأربعة، ولها تأثير فيما يتعلق ببدن الإنسان، فلعل فصلاً منها يوافق مزاج المجني عليه فيؤثر في إنباته، ولكن قوله بالإجماع

فعلاً مقصوداً. قال: **(وإن قطع أصبعاً فشلت إلى جنبها أخرى فلا قصاص في شيء من ذلك)** عند أبي حنيفة. وقالا هما وزفر والحسن: يقتص من الأولى وفي الثانية أرشها. والوجه من الجانبين قد ذكرناه. وروى ابن سماعة عن محمد في المسألة الأولى وهو ما إذا شج موضحة فذهب بصره أنه يجب القصاص فيهما لأن الحاصل بالسراية مباشرة كما في النفس والبصر يجري فيه القصاص، بخلاف الخلافية الأخيرة لأن الشلل لا قصاص فيه، فصار الأصل عند محمد على هذه الرواية أن سراية ما يجب فيه القصاص إلى ما يمكن فيه القصاص يوجب الاقتصاص كما لو آلت إلى النفس وقد وقع الأول ظلماً. ووجه المشهور أن ذهاب البصر بطريق التسبيب؛ ألا يرى أن الشجة بقيت موجبة في نفسها ولا قود في التسبيب، بخلاف السراية إلى النفس لأنه لا تبقى الأولى فانقلبت الثانية مباشرة. قال: **(ولو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص)** إلا على رواية ابن سماعة **(ولو أوضحه موضحتين فتآكلتا فهو على الروايتين هاتين)** قال: **(ولو قلع سن رجل فنبتت مكانها أخرى سقط الأرش في قول أبي حنيفة، وقال: عليه الأرش كاملاً)** لأن الجناية قد تحققت والحادث نعمة مبتدأة من الله تعالى. وله أن الجناية انعدمت معنى فصار كما إذا قلع سن صبيّ فنبتت لا يجب الأرش بالإجماع لأنه لم يفت عليه منفعة ولا زينة **(وعن أبي يوسف أنه تجب حكومة عدل)** لمكان الألم الحاصل **(ولو قلع سن غيره فردها صاحبها في مكانها ونبت عليه اللحم.فعلى القالع الأرش بكماله)** لأن هذا مما لا يعتد به إذ العروق لا تعود **(وكذا إذا قطع أذنه فألصقها فالتحمت)** لأنها لا تعود إلى ما كانت عليه **(ومن نوع سن رجل فانتزع المنزوعة سنه سن النازع فنبتت سن الأول فعلى الأول لصاحبه خمسمائة درهم)** لأنه تبين أنه استوفى بغير حق لأن الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبت مكانها أخرى فانعدمت الجناية، ولهذا

ينتظر حتى يبرأ موضع السن لا الحول هو الصحيح، لأن نبات سن البالغ نادر فلا يفيد التأجيل، إلا أن قبل البرء لا يقتص ولا يؤخذ الأرش لأنه لا يدري عاقبته انتهى، قال صاحب العناية بعد نقل ذلك إجمالاً: وليس بظاهر، وإنما الظاهر ما قال المصنف، لأن الحول مشتمل على الفصول الأربعة ولها تأثير فيما يتعلق ببدن الإنسان، فلعل فصلاً منها يوافق مزاج المجني عليه فيؤثر في إنباته. وقال ولكن قوله بالإجماع فيه نظر، لأنه قال في الذخيرة: وبعض مشايخنا قالوا: الاستيناء حولاً في فصل القلع في البالغ والصغير جميعاً لقوله عليه الصلاة والسلام «في الجراحات

فيه نظر، لأنه قال في الذخيرة: وبعض مشايخنا قالوا: الاستيناء حولاً في فصل القلع في البالغ والصغير جميعاً لقوله ﷺ في الجراحات كلها «يستأني حولاً» وهو كما ترى ينافي الإجماع. وقوله: **(فاختلفا قبل السنة)** أي قال المضروب إنما سقط سني بضربك وقال الضارب بسبب آخر. وقوله: **(ليكون التأجيل مفيداً)** يعني أن التأجيل إنما كان ليظهر عاقبة الأمر، فلو لم يقبل قوله كان التأجيل وعدمه سواء. وقوله: **(وإن اختلفا في ذلك)** أي في سقوط السن بعد السنة. وقوله: **(سنبين الوجهين)** أي وجه قوله لا شيء على الضارب ووجه حكومة الألم. وقوله: **(يجب الأرش كاملاً)** وقوله: **(لما ذكرنا)** يعني قوله لا يمكنه أن يضربه ضرباً يسودّ منه، ولم يفصل بين ما إذا كانت السن من الأضراس التي لا ترى أو من الأسنان التي ترى. وقالوا: يجب أن يكون الجواب على التفصيل، فإذا كانت من الأضراس فالمعتبر في وجوب كمال الأرش فقد منفعة المضغ بالاسوداد دون الجمال لأنه ليس بظاهر ففيه حكومة عدل، وإن كانت مما يرى فالأمر بالعكس، ولم يذكر الاصفرار وهو كالاسوداد عند بعض المشايخ يجب كمال الأرش وعند آخرين حكومة عدل لأنه لم يفوّت جنس منفعة السن ولا فوّت الجمال على الكمال لأن الصفرة قد تكون لون الأسنان في بعض الإنسان، وإنما يكون فيه نوع نقص فتجب الحكومة، بخلاف الحمرة والخضرة

قوله: **(وبعض مشايخنا قالوا: الاستيناء حولاً في فصل القلع في البالغ)** أقول: يعني بعض المشايخ قالوا: الاستيناء حولاً إنما هو في الصغير، وأما في البالغ فلا يستأني قوله: **(لقوله عليه الصلاة والسلام في الجراحات كلها «يستأني حولاً»)** أقول: اعلم أن في سن الصبي يستأني حولاً بالاتفاق، وفي سن البالغ خلاف أبي يوسف، والتفصيل في غاية البيان، ثم لا يخفى عليك أن ما ذكره الشارح لا يدل على نفي الإجماع في سن البالغ إلا بتكليف قال المصنف: **(وإن اختلفا في ذلك بعد السنة فالقول للضارب لأنه ينكر أثر فعله الخ)** **أقول:** هذا لا يدل على كون القول للضارب إذا كان السقوط قبل السنة والاختلاف بعدها، ويثبت ذلك بالبينة أو بالنكول قوله: (دون

يستأني حولاً بالإجماع، وكان ينبغي أن ينتظر اليأس في ذلك للقصاص، إلا أن في اعتبار ذلك تضييع الحقوق فاكتفينا بالحول لأنه تنبت فيه ظاهراً، فإذا مضى الحول ولم تنبت قضينا بالقصاص، وإذا نبتت تبين أنا أخطأنا فيه والاستيفاء كان بغير حق، إلا أنه لا يجب القصاص للشبهة فيجب المال. قال: **(ولو ضرب إنسان سن إنسان فتحركت يستأني حولاً)** ليظهر أثر فعله **(فلو أجله القاضي سنة ثم جاء المضروب وقد سقطت سنه فاختلفا قبل السنة فيما سقط بضربه فالقول للمضروب)** ليكون التأجيل مفيداً، وهذا بخلاف ما إذا شجه موضحة فجاء وقد صارت منقلة فاختلفا حيث يكون القول قول الضارب لأن الموضحة لا تورث المنقلة، أما التحريك فيؤثر في السقوط فافترقا **(وإن اختلفا في ذلك بعد السنة فالقول للضارب)** لأنه ينكر أثر فعله وقد مضى الأجل الذي وقته القاضي لظهور الأثر فكان القول للمنكر **(ولو لم تسقط لا شيء على الضارب)** وعن أبي يوسف أنه تجب حكومة الألم. وسنبين الوجهين

كلها يستأني حولاً»[1] وهو كما ترى ينافي الإجماع انتهى. أقول: نظره ساقط، لأن الذي ينافي الإجماع مما نقله عن الذخيرة إنما هو مفهوم قوله وبعض مشايخنا قالوا: أي مفهوم المخالفة، لكن مفهوم ذلك إنما هو عدم إجماع المشايخ لا عدم إجماع المجتهدين. ومراد المصنف بالإجماع في قوله يستأني حولا بالإجماع إنما هو إجماع المجتهدين، وانتفاء أحد الإجماعين لا يستلزم انتفاء الآخر؛ ألا يرى أن المشايخ كثيراً ما يختلفون في رواية المسألة عن المجتهدين، فبعضهم يروي اجتماع المجتهدين فيها وبعضهم يروي اختلافهم فيها، وما نحن فيه يشبه أن يكون من هذا القبيل، كما يشعر به ما ذكر في غاية البيان، فإنه قال فيها: ونقل الناطفي في الأجناس عن نوادر أبي يوسف رواية ابن سماعة قال أبو يوسف: رجل قلع سن رجل لا أنتظر بها حولاً، وإنما أنتظر بسن الصبيّ وأقضي عليه بأرشها، وذلك لأن نبات السن بعد البلوغ نادر، وإلى هذه الرواية مال بعض أصحابنا مثل خواهر زاده وغيره، وقال الناطفي أيضاً. قال في المجرد: لو نزع سن صبيّ ينبغي للقاضي أن يأخذ ضميناً من النازع للمنزوع سنه ويؤجله سنة منذ يوم نزع سنه، فإذا مضت سنة ولم تنبت اقتص له. وعلى هذه الرواية لم يفرق كثير من مشايخنا بين سن البالغ والصغير بل قالوا بالاستيناء فيهما جميعاً. وإليه ذهب القدوري والسرخسي وغيرهما، إلى هنا لفظ الغاية. والظاهر أن المصنف أيضاً ذهب إليه فقال: ولهذا يستأني حولاً بالإجماع من غير فرق بين الصبيّ والبالغ، وادعى الاجماع أخذاً بما ذكر في المجرد بدون رواية خلاف أحد المجتهدين. والعجب من صاحب العناية أنه جعل ما ذكره في

والسواد لأنها لا تكون لون الإنسان بحال فكان مفوّتاً للجمال على الكمال إذا كانت بادية. قال: **(ومن شج رجلاً فالتحمت)** كلامه ظاهر، وتعليل أبي حنيفة وأبي يوسف هو الموعود قبيل هذا بقوله وسنبين الوجهين بعد هذا. وقوله: **(إلا أن أبا حنيفة يقول: إن المنافع الخ)** جواب عن قول أبي يوسف فالألم الحاصل مازال، وعن قول محمد إنما لزمه أجر الطبيب ووجهه أن تحمل الألم من المنافع ومعالجة الطبيب كذلك، والمنافع على أصلنا لا تتقوّم إلا بعقد كالإجارة الصحيحة والمضاربة الصحيحة، أو بشبهته كالإجارة الفاسدة والمضاربة الفاسدة، ولم يوجد شيء من ذلك في حق الجاني فلا يغرم شيئاً، وقوله:

الجمال لأنه ليس بظاهر ففيه حكومة عدل) أقول: ضمير فيه راجع إلى الجمال قوله: **(وإن كانت مما ترى فالأمر بالعكس)** أقول: مخالف لما ذكره قبيل فصل الشجاج من أن الجمال تابع في العضو الذي يقصد منه المنفعة قال المصنف: **(وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى:**

---

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٣/ ٩٠ والبيهقي ٨/ ٦٧ كلاهما من حديث جابر: يستأنى بالجراحات سنة. وفي طريق الدارقطني يزيد بن عياض قال عند الدارقطني: ضعيف متروك.
وفي طريق البيهقي ابن لهيعة وهو واهٍ وعنه الوليد بن مسلم مدلس، وقد عنعنه.
قال البيهقي: وروي من وجهين آخرين عن جابر، ولم يصح شيء من ذلك.
وفي الباب ما أخرجه أحمد ٢/ ٢١٧ والدارقطني ٣/ ٨٨ كلاهما من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً وليس فيه ذكر الأجل بل فيه: «لا تعجل حتى يبرأ جرحك» وفي الباب روايات أنظر نصب الراية ٤/ ٣٧٧ ـ ٣٧٨ والدارقطني ٣/ ٨٨ ـ ٨٩ ـ ٩٠ والبيهقي ٨/ ٦٦ ـ ٦٧.

بعد هذا إن شاء الله تعالى **(ولو لم تسقط ولكنها اسودّت يجب الأرش في الخطإ على العاقلة وفي العمد في ماله، ولا يجب القصاص)** لأنه لا يمكنه أن يضربه ضرباً تسودّ منه **(وكذا إذا كسر بعضه واسودّ الباقي)** لا قصاص لما ذكرنا **(وكذا لو احمرّ أو اخضرّ)** ولو اصفرّ فيه روايتان. قال: **(ومن شجّ رجلاً فالتحمت ولم يبق لها أثر ونبت الشعر سقط الأرش)** عند أبي حنيفة لزوال الشين الموجب. وقال أبو يوسف: يجب عليه أرش الألم وهو حكومة عدل، لأن الشين إن زال فالألم الحاصل ما زال فيجب تقويمه. وقال محمد: عليه أجرة الطبيب، لأنه إنما لزمه الطبيب وثمن الدواء بفعله فصار كأنه أخذ ذلك من ماله، إلا أن أبا حنيفة يقول: إن المنافع على أصلنا لا تتقوّم إلا بعقد أو بشبهة، ولم يوجد ففي حق الجاني فلا يغرم شيئاً. قال: **(ومن ضرب رجلاً مائة سوط فجرح فبرأ منها فعليه أرش الضرب)** معناه: إذا بقى أثر الضرب: فأما إذا لم يبق أثره فهو على اختلاف قد مضى في الشجة الملتحمة. قال:

الذخيرة منافياً للإجماع ولم يجعل ما ذكر في التتمة منافياً له حيث لم يورد النظر به مع كون منافاته إياه أظهر على تقدير حمل الإجماع على إجماع المشايخ كما هو مدار نظره المذكور. وعن هذا قال صاحب النهاية وصاحبا الكفاية ومعراج الدراية: قوله ولهذا يستأني حولاً بالإجماع يخالف رواية التتمة قوله: **(ولو لم تسقط ولكنها اسودت يجب الأرش في الخطإ على العاقلة وفي العمد في ماله)** قال في الذخيرة والمحيط: وأوجب محمد كمال الأرش باسوداد السن، ولم يفصل بين أن يكون السن من الأضراس التى لا ترى أو من العوارض التي ترى. قالوا: يجب أن يكون الجواب فيها على التفصيل إن كان السن من الأضراس التي لا ترى. إن فاتت منفعة المضغ بالاسوداد يجب الأرش كاملاً، وإلا يجب حكومة العدل، وإن كان السن من العوارض التي ترى وتظهر كمال الأرش بالاسوداد، وإن لم تفت منفعته لأنه فوت جمالاً على الكمال انتهى. وهذا ذكره الشراح هنا وعزاه أكثرهم إلى الذخيرة فقط، وأورد بعض الفضلاء على جواب الشق الثاني من التفصيل أنه مخالف لما ذكروه قبيل فصل الشجاج من أن الجمال تابع في العضو الذي يقصد منه المنفعة انتهى. أقول: يمكن أن يجاب عنه بأن المنفعة في الأسنان التي ترى ليست بمقصودة منها بالذات وإن حصلت فيها أيضاً في الجملة، وإنما المقصود منها بالذات الجمال والزينة للإنسان، وما ذكروا قبيل فصل الشجاج من كون الجمال تابعاً إنما هو في الأعضاء التي يقصد منها المنفعة أصالة كاليد ونحوها فلا مخالفة قوله: **(لقوله عليه الصلاة والسلام «لا تعقل العواقل عمداً» الحديث)** قال صاحب الغاية: فيه نظر، لأنه من كلام ابن عباس والشعبي وقد مر آنفاً انتهى. أقول هذا النظر في غاية السقوط. أما أوّلاً فلأن هذا الحديث كما روي موقوفاً عن ابن عباس والشعبي، روي أيضاً مرفوعاً إلى رسول الله ﷺ كما نص عليه هنا صاحب الكافي حيث قال: والأصل فيه حديث ابن عباس رضي الله عنهما موقوفاً عليه ومرفوعاً إلى رسول الله عليه الصلاة والسلام «لا تعقل العاقلة عمداً ولا عبداً ولا صالحاً ولا اعترافاً ولا ما دون أرش الموضحة»[1] انتهى. وكذا نص عليه المصنف في

(ومن ضرب رجلاً الخ) يعني إذا ضرب رجلاً مائة سوط فجرحه فبرىء منها وبقي أثر الضرب فعليه أرشه، وإن لم يجرحه فلا

على أرش الألم) أقول: يدل على أن ذلك ظاهر الرواية عنه. وقوله فيما سبق في موضعين: وعن أبي يوسف يدل على أنه غير ظاهر الرواية قوله: **(ووجهه أن تحمل الألم من المنافع)** أقول: فيه تأمل قال المصنف: **(وقال محمد: وعليه أجرة الطبيب)** أقول: وعليه ثمن الأدوية لكنه غلب الأول على الثاني لاطراده دونه.

---

(١) باطل مرفوعاً. قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٣٧٩: غريب مرفوعاً.
وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ٢٨٠: لم أره مرفوعاً هكذا.
ثم ذكرا أنه ورد عن الشعبي عن عمر موقوفاً. وقد أخرجه الدارقطني ١٧٧ والبيهقي ٨/ ١٠٤ كلاهما عن الشعبي عن عمر موقوفاً.
وقال البيهقي: وهذا منقطع، والمحفوظ عن الشعبي من قوله. ثم أسنده الدارقطني، والبيهقي عن الشعبي من قوله.
قال البيهقي: ورواه محمد بن الحسن عن ابن عباس من قوله، ثم ساقه البيهقي من طريقه، ورواه من وجه عن ابن عباس.
وأخرجه البيهقي ٨/ ١٠٤ باختصار عن عروة من قوله. وأسنده أيضاً عن الزهري اهـ وانظر نصب الراية ٤/ ٣٧٩ والدراية ٢/ ٢٨٠.
الخلاصة: هو باطل كونه مرفوعاً، والموقوف على عمر ضعيف والموقوف على ابن عباس حسن، وكذا الموقوف على الشعبي.

(ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله خطأ قبل البرء فعليه الدية وسقط عنه أرش اليد) لأن الجناية من جنس واحد والموجب واحد وهو الدية وإنها بدل النفس بجميع أجزائها فدخل الطرف في النفس كأنه قتله ابتداء. قال: **(ومن جرح رجلاً جراحة لم يقتص منه حتى يبرأ)** وقال الشافعي رحمه الله يقتص منه في الحال اعتباراً بالقصاص في النفس، وهذا لأن الموجب قد تحقق فلا يعطل. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «يستأنى في الجراحات سنة» ولأن الجراحات يعتبر فيها مآلها لا حالها لأن حكمها في الحال غير معلوم فلعلها تسري إلى النفس فيظهر أنه قتل وإنما يستقر الأمر بالبرء. قال: **(وكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة فالدية في مال القاتل، وكل أرش وجب بالصلح فهو مال القاتل)** لقوله عليه الصلاة والسلام «لا تعقل العواقل عمداً» الحديث، وهذا عمد. غير أن الأول يجب في ثلاث سنين لأنه مال وجب بالقتل ابتداء فأشبه شبه العمد. والثاني يجب حالاً لأنه مال وجب بالعقد فأشبه الثمن في البيع. قال: **(وإن قتل الأب ابنه عمداً فالدية في ماله في ثلاث سنين)** وقال الشافعي رحمه الله: تجب حالة لأن الأصل أن ما يجب بالإتلاف يجب حالاً، والتأجيل للتخفيف في الخاطىء وهذا عامداً فلا يستحقه، ولأن المال وجب جبراً لحقه، وحقه في نفسه حالّ فلا ينجبر بالمؤجل. ولنا أنه مال واجب بالقتل فيكون مؤجلاً كدية الخطإ وشبه العمد، وهذا لأن القياس يأبى تقوّم الآدمي بالمال لعدم التماثل، والتقويم ثبت بالشرع وقد ورد مؤجلاً لا معجلاً فلا يعدل عنه لا سيما إلى زيادة، ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدراً لا يجوز وصفاً **(وكل جناية اعترف بها الجاني فهي في ماله ولا يصدق على عاقلته)** لما روينا، ولأن الإقرار لا يتعدى المقرّ لقصور ولايته عن غيره فلا يظهر في حق العاقلة. قال: **(وعمد الصبيّ والمجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة، وكذلك كل جناية موجبها خمسمائة فصاعداً**

كتاب المعاقل بهذا المنوال، فكان من كلام النبي ﷺ على ما روي مرفوعاً إليه بلا ريب، وهذا يكفي في صحة عبارة المصنف هنا كما لا يخفى. وأما ثانياً فلأنه على ما روي موقوفاً أيضاً يحمل على الرواية عن النبي عليه الصلاة والسلام لأنه مما لا يعلم بالرأي بل يتوقف على السماع، ومثل هذا يحمل على السماع صيانة للصحابي عن الكذب والجزاف ويصير الموقوف فيه كالمرفوع على ما تقرر في علم الأصول ومرّ في الكتاب مراراً، فصح قول المصنف في حق هذا الحديث لقوله عليه الصلاة والسلام على كل حال. والعجب من صاحب الغاية أنه قال: وقد مر آنفاً، والذي مر منه آنفاً يصير جواباً عن نظره هذا فإنه قال هناك: روى محمد بن الحسن في موطئه وقال: أخبرنا عبد الرحمن بن أبي الزناد عن أبيه عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود عن ابن عباس رضي الله عنهما قال «لا تعقل العاقلة عمداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ولا ما جنى المملوك[1]» وهذا لا يعلم إلا من طريق التوقيف، فحمل على أنه رواه عن النبي ﷺ لصيانته عن الكذب والجزاف، إلى هنا لفظه. وهذا صريح في الجواب عن نظره ها هنا كما

شيء عليه بالاتفاق، وإن لم يبق أثره فهو على اختلاف قد مضى في الشجة الملتحمة وهو سقوط الأرش عند أبي حنيفة، ووجوب أرش الألم عند أبي يوسف ووجوب أجرة الطبيب عند محمد. وقوله: **(لأن الجناية من جنس واحد)** لكون كل واحد منهما خطأ، وقد تقدم أقسام هذه المسألة. وقوله: **(ومن جرح رجلاً جراحة)** واضح. وقوله: **(لأنه مال وجب بالقتل ابتداء)** يعني لا بعقد يحدث بعد القتل كالصلح، وقوله: **(وإذا قتل الأب ابنه عمداً)** كان حكمه قد علم من الضابطة الكلية لكنه ذكره لبيان خلاف الشافعي. وقوله: **(لاسيما إلى زيادة)** يعني المعجل فإنه زائد على المؤجل من حيث الوصف في المالية وهو معروف، فإيجاب المال حالاً بالقتل يكون زيادة على ما أوجبه الشرع، ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدراً لا يجوز وصفاً لأنه تابع للقدر، وقوله: **(لما روينا)** يعني قوله ﷺ «لاتعقل العاقلة عمداً ولا اعترافاً» وقوله: **(عمده)** أي عمد كل واحد

قوله: **(وقد تقدم أقسام هذه المسألة)** أقول: في أول فصل: ومن قطع يد رجل خطأ.

---

(١) تقدم في الذي قبله.

والمعتوه كالمجنون) وقال الشافعي رحمه الله: عمده عمد حتى تجب الدية في ماله حالة لأنه عمد حقيقة، إذ العمد هو القصد غير أنه تخلف عنه أحد حكميه وهو القصاص فينسحب عليه حكمه الآخر وهو الوجوب في ماله، ولهذا تجب الكفارة به، ويحرم عن الميراث على أصله لأنهما يتعلقان بالقتل. ولنا ما روي عن عليّ رضي الله عنه أنه جعل عقل المجنون على عاقلته، وقال: عمده وخطؤه سواء[1] ولأن الصبيّ مظنة المرحمة، والعاقل الخاطيء لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبيّ وهو أعذر أولى بهذا التخفيف. ولا نسلم تحقق العمدية فإنها تترتب على العلم والعلم بالعقل، والمجنون عديم العقل والصبي قاصر العقل فأنى يتحقق منهما القصد وصار كالنائم. وحرمان الميراث عقوبة، وهما ليسا من أهل العقوبة والكفارة كاسمها ستارة، ولا ذنب تستره لأنهما مرفوعا القلم.

لا يخفى قوله: **(غير أن الأول يجب في ثلاث سنين لأنه مال وجب بالقتل ابتداء فأشبه شبه العمد)** أقول: إن قيد ابتداء في قوله وجب بالقتل ابتداء مستدرك بل مفسد، لأن المصنف قال في أوائل كتاب الجنايات أثناء بيان أن من موجبات شبه العمد الدية المغلظة على العاقلة: والأصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة، فلو كان الأول ها هنا مالاً وجب بالقتل ابتداء لوجب على العاقلة على مقتضى الأصل المذكور هناك مع أنه يجب على القاتل في ماله كما صرح به آنفاً. فالوجه أن يترك قيد ابتداء ها هنا فيقال لأنه مال وجب بالقتل احترازاً به عما وجب بالعمد كما في القسم الثاني فإنه يجب حالاً، ولقد أصاب فيما بعد حيث قال: ولنا أنه مال واجب بالقتل فيكون مؤجلاً كدية الخطإ وشبه العمد قوله: **(وإذا قتل الأب ابنه عمداً فالدية في ماله في ثلاث سنين)** قال صاحب العناية: كأن حكمه قد علم من الضابطة الكلية لكنه ذكره لبيان خلاف الشافعي انتهى. أقول: اعتذاره هذا ليس بسديد. أما أولاً فلأن ذكر حكم هذه المسألة بعد ذكر تلك الضابطة الكلية قد وقع في مختصر القدوري والبداية أيضاً بيان خلاف الشافعي أصلاً، فكيف يصلح بيان المصنف في شرحه خلاف الشافعي لأن يكون عذراً من ذكره حكم هذه المسألة في متنه قبل مدة ومن ذكر القدوري إياه في مختصره قبل سنين متكاثرة، وهل يتفوّه العاقل بمثل ذاك الاعتذار. وأما ثانياً فلأن خلاف الشافعي ليس بمنحصر في حكم هذه المسألة المنفردة بالذكر، بل خلافه متحقق في حكم تلك الضابطة الكلية على الاطلاق، فإنه لا يقول بالتأجيل في العمد أصلاً بل يخصصه بالخطإ كما يفصح عنه تعليله المذكور في الكتاب، وتلك الضابطة الكلية إنما هي في العمد، وحكمها التأجيل مطلقاً كما صرح به المصنف بقوله غير أن الأول يجب في ثلاث سنين، فقصد بيان خلاف الشافعي لا يقتضي إفراد حكم هاتيك المسألة بالذكر بعد ذكر تلك الضابطة الكلية فلا تمشيه للاعتذار المذكور أصلاً.

منهم. وقوله: **(ولهذا تجب الكفارة به)** أي بالمال، وإنما قيد به لأنهم أجمعوا على أن التكفير بالصوم لا يجب عليهما. وقوله: **(ويحرم عن الميراث على أصله)** أي ثبت هذان الحكمان وهما وجوب الكفارة وحرمان الميراث على أصل الشافعي **(لأنهما يتعلقان بالقتل)** فعلم بهذا أنهما مطالبان بموجب القتل، فكذلك ها هنا لما تخلف عنهما أحد حكمي القتل وهو القصاص ينسحب عليه الحكم الآخر وهو وجوب الدية في ماله إذ الأصل ذلك.

قال المصنف: **(لقوله عليه الصلاة والسلام «لا تعقل العواقل عمداً» الحديث)** أقول: وفي الكفاية: ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ولا ما دون أرش الموضحة. قوله ولا عبداً أي لا تعقل عاقلة الإنسان ما جنى على عبد فيما دون النفس، لأن الأطراف في العبد يسلك بها مسلك الأموال، والعاقلة لا تعقل الجنايات المالية، حتى لو قتل عبد إنسان خطأ فالقيمة على العاقلة لأنها بدل الدم، ودم العبد لا يسلك به مسلك الأموال. وقد قيل: إن المراد أن العبد إذا جنى جناية فالمولى هو الذي يلزمه الدفع أو الفداء دون عاقلة المولى، كذا في الأوضح انتهى، ورد في القاموس ذلك وقال: لو أريد هذا المعنى لقيل: وعن عبد فإنه فرق بين عقلته وعقلت عنه انتهى. وسيجيء جوابه على التفصيل قوله: **(كان حكمه قد علم من الضابطة الكلية، لكنه ذكره لبيان خلاف الشافعي)** أقول: وجوبه في ثلاث سنين لم يعلم منها قوله: **(فإنه زائد على المؤجل من حيث الوصف في المالية)** أقول: قوله في المالية متعلق بقوله زائد.

---

(١) أثر علي. أخرجه البيهقي ٨/ ٦١ بسنده عنه وقال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٣٨٠: قال البيهقي في المعرفة: إسناده ضعيف بمرة، وروي من وجه آخر ضعيف.

فصل في الجنين

قال: (**وإذا ضرب بطن امرأة فألقت جنيناً ميتاً ففيه غرة وهي نصف عشر الدية**) قال رضي الله عنه: معناه دية الرجل، وهذا في الذكر، وفي الأنثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم. والقياس أن لا يجب

فصل الجناية في الجنين

لما ذكر أحكام الجناية المتعلقة بالآدمي من كل وجه شرع في بيان أحكامها المتعلقة بالآدمي من وجه دون وجه وهو الجنين. بيان ذلك ما ذكره شمس الأئمة السرخسي في أصوله أن الجنين ما دام مجتناً في البطن ليس له ذمة صالحة لكونه في حكم جزء من الآدمي لكنه منفرد بالحياة معدّ لأن يكون نفساً له ذمة، فباعتبار هذا الوجه يكون أهلاً لوجوب الحق له من عتق أو إرث أو نسب أو وصية، وباعتبار الوجه الأول لا يكون أهلاً لوجوب الحق عليه، فأما بعد ما يولد فله ذمة صالحة، ولهذا لو انقلب على مال إنسان فأتلفه يكون ضامناً له ويلزمه مهر امرأته بعقد الولي قوله: (**وهذا في الذكر وفي الأنثى عشر دية المرأة، وكل منهما خمسمائة درهم**) أقول: في هذا التفصيل الذي ذكره بقوله وهذا في الذكر وفي الأنثي عشر دية المرأة استدراك بعد أن قال قبله معناه دية الرجل؛ لأن عشر دية المرأة هو نصف عشر دية الرجل في المقدار بلا ريب، إذ قد تقرر فيما مر أن دية المرأة نصف دية الرجل فعشر ديتها نصف عشر ديته لا محالة، وقد نص عليه هنا بقوله وكل منهما خمسمائة درهم، فما فائدة هذا التفصيل الفارق بين الذكر والأنثى في مجرد العبارة، وإنما كان يظهر فائدته أن لو لم يفسر نصف عشر الدية الواقع في كلام القدوري بقوله معناه دية الرجل فإنه كان يحتمل حينئذ نصف، عشر دية الرجل ونصف عشر دية المرأة فيفيد التفصيل المذكور، وعن هذا فصل صاحب الكافي كما فصله المصنف، ولم يتعرض قبله لتقييد عشر الدية بعشر دية الرجل قوله: (**والقياس أن لا يجب شيء لأنه لم يتيقن بحياته**) قال في العناية وكثير من الشروح تتميماً لما في الكتاب، وفعل القتل لا يتصور إلا في محل هو حي فلا يجب الضمان بالشك انتهى. أقول: يرد على هذا البيان أنه إنما يتم أن لو ثبت كون الغرة جزاء فعل القتل وهو ممنوع لجواز أن يكون جزاء إتلاف عضو من الآدمي صالح للحياة كما يجب في أتلاف سائر أعضائه شيء من الدية على ما مر تفصيله. والأظهر في البيان هنا ما ذكر في غاية البيان ثانياً بقوله ولأن الجنين في حكم الأعضاء بدلالة أنه لا يكمل أرشه والأعضاء لو انفصلت بعد الموت لا تتقوم انتهى تدبر قوله: (**والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق**) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل: فإن قيل: الظاهر أنه حيّ أو معد للحياة. قلنا الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق، ولهذا لا يجب في جنين البهيمة إلا نقصان الأم إن تمكن اهـ. وردّ بعض الفضلاء قوله أو معدّاً للحياة في تقرير السؤال حيث قال: كونه معدّاً للحياة متيقن ليس من قبيل الظاهر انتهى. أقول: ليس بسديد، فإن تيقن كونه معدًا للحياة ممنوع لجواز أن يفسد الماء في الرحم فحينئذٍ ينتفي

فصل في الجنين

عقب أحكام الأجزاء الحقيقية أحكام الجزء الحكمي وهو الجنين لكونه في حكم الجزء من الأم (**وإذا ضرب بطن امرأة فألقت جنيناً ميتاً ففيه غرة نصف عشر الدية**) غرّة المال خياره كالفرس والبعير النجيب، وسمي بدل الجنين غرّة لأن الواجب عبد والعبد يسمى غرة. وقيل لأن غرة الشيء أوله وغرة الجنين أول مقدار ظهر في باب الدية. قال المصنف (**معناه**) أي معنى قوله نصف عشر الدية دية الرجل، وهذا في الذكر وفي الأنثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم لأن نصف العشر من عشرة آلاف هو العشر من خمسة آلاف: والقياس، وهو قول زفر أن لا يجب شيء لأنه لم تعلم حياته بيقين، وفعل القتل

فصل في الجنين

قوله: (**غرة المال خياره كالفرس والبعير النجيب**) أقول: والعبد والأمة الفارهة.

شيء لأنه لم يتيقن بحياته، والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق. وجه الاستحسان. ما روي أن النبي عليه الصلاة والسلام قال «في الجنين غرّة عبد أو أمة قيمته خمسمائة» ويروى «أو خمسمائة»[1] فتركنا القياس بالأثر، وهو حجة على من قدرها بستمائة نحو مالك والشافعي (وهي على العاقلة) عندنا إذا كانت خمسمائة درهم. وقال مالك: في

استعداده للحياة، ولقد أشار إليه في النهاية حيث قال نقلاً عن المبسوط: ثم الماء في الرحم ما لم يفسد فهو معدّ للحياة فيجعل كالحي في إيجاب ذلك الضمان بإتلافه كما يجعل بيض الصيد في حق المحرم كالصيد في إيجاب الجزاء عليه بكسره انتهى تبصر قوله: (وهي على العاقلة عندنا إذا كانت خمسمائة درهم) اعلم أن الناظرين في هذا المقام تحيروا في توجيه هذا القيد: أعني قوله إذا كانت خمسمائة درهم، فقال صاحب النهاية: قيد بهذا احترازا عن جنين الأمة إذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة درهم كذا وجدت بخط شيخي، لكن هذا لا يتضح لي لأن ما وجب في جنين الأمة هو في مال الضارب مطلقاً من غير تقييد بالبلوغ إلى خمسمائة درهم على ما يجيء، إلى هنا كلامه. وسائر الشراح أيضاً ذكروا التوجيه الذي نقله صاحب النهاية عن خط شيخه، وردّوه بما رده به صاحب النهاية. وقال صاحب الغاية: وقوله إذا كانت خمسمائة كأنه سهو القلم وينبغي أن يكون إذ بسكون الذال بلا ألف بعدها؛ يعني أنها إنما تجب على العاقلة لأنها مقدرة بخمسمائة درهم، والعاقلة تعقل خمسمائة ولا تعقل ما دونها انتهى. وقد نقل صاحب العناية هذا التوجيه ولم يتعرض له بردّ بعد أن نقل التوجيه الأول مع رده حيث قال: قيل قيد به احترازا عن جنين الأمة إذا كانت قيمتة لا تبلغ خمسمائة. وردّ بأن ما يجب في جنين الأمة هو في مال الضارب مطلقاً من غير تقييد بالبلوغ إلى خمسمائة على ما يجيء. وقيل لعله وقع سهواً من الكاتب وكان في الأصل إذ كان خمسمائة تعليلاً لكونها على العاقلة انتهى. فكأنه ارتضى التوجيه الثاني. أقول: التوجيه الثاني أيضاً مردود عندي، إذ لا معنى لتعليل كونها على العاقلة بكونها خمسمائة درهم، فإنه ينتقض بما يجب في جنين الأمة إذا بلغ خمسمائة درهم فإنه على الضارب كما دونه لا على العاقلة كما صرحوا به آنفاً حيث قالوا: إن ما وجب في جنين الأمة فهو في مال الضارب مطلقاً من غير تقييد بالبلوغ إلى خمسمائة مع جريان التعليل المذكور فيه عند بلوغه إلى خمسمائة درهم، وينتقض

لا يتصور إلا في محل هو حيّ فلا يجب الضمان بالشك. فإن قيل: الظاهر أنه حيّ أو معد للحياة. قلنا: الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ولهذا لا يجب في جنين البهيمة إلا نقصان البهيمة إن تمكن (وجه الاستحسان ما روي أن النبي ﷺ قال«في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة» ويروى «أو خمسمائة» فتركنا القياس بالأثر) روى الإمام أن زفر سئل عن هذه المسألة فقال: فيه غرة عبد أو أمة، فقال السائل: ولم والحال لا يخلو من أنه مات بضربة أو لم تنفخ فيه الروح، فإن مات بضربة

قوله: (وقيل لأن غرة الشيء أوله) أقول: أول الشيء الذي يجب في الآدمي الغرة وبعدها الدية، لأنه قبل إيجاب الغرة لحم ودم فلا يجب شيء قال المصنف: (قال معناه: دية الرجل: أي معنى قوله نصف عشر الدية دية الرجل وهذا في الذكر، وفي الأنثى عشر دية المرأة) أقول: فيه بحث، فإن نصف عشر دية الرجل يشمل الذكر والأنثى. نعم يفرق بينهما في جنين الأمة كما لا يخفى، ويعلم جوابه من شرح الكنز للعلامة الزيلعي حيث قال: ولهذا وجب في جنين الحرة عشر ديتها بالإجماع وهو الغرة. وجوابه أنا لا نسلم أن الغرة مقدرة بدية الأم بل بدية نفس الجنين أن لو كان حياً فيجب نصف عشر ديته إن كان ذكراً، وعشر ديته إن كان أنثى، فكذا في جنين الأمة يجب بتلك النسبة من قيمته، لأن كل ما كان هدراً من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد، فيجب نصف عشر قيمته إن كان ذكراً، وعشر قيمته إن كان أنثى انتهى قوله: (إلا في محل هو حي) أقول: أي هو حي يقيناً قوله: (قلنا: الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق الخ) أقول: كونه معداً للحياة متيقن ليس من قبيل الظاهر، والظاهر منع وجوب الضمان باعتبار الأعداد كما في العلقة، ولذا لم تعتبر الأعداد في قصة

---

(١) ضعيف. أخرجه الطبراني في معجمه كما في المجمع ٦/ ٣٠٠ من حديث أبي المليح الهذلي عن أبيه مرفوعاً وفيه: «فيه ـ أي الجنين ـ غرة عبد، أو أمة، أو خمسمائة، أو فرس. . . .» الخبر وله قصة.

قال الهيثمي: فيه المنهال بن خليفة وثقه أبو حاتم وضعفه جماعة، وبقية رجاله ثقات اهـ

قلت: جاء في التقريب في ترجمة المنهال: ضعيف. لكن ساق الزيلعي إسناد آخر للحديث، وفيه من يحتاج إلى الكشف عن حاله.

وقد أخرجه أبو داود ٤٥٨٠ عن إبراهيم وجابر عن الشعبي من قوله.

ماله لأنه بدل الجزء. ولنا أنه عليه الصلاة والسلام قضى بالغرّة على العاقلة[١]، ولأنه بدل النفس ولهذا سماه عليه الصلاة والسلام دية حيث قال «دوه» وقالوا: أندي من لا صاح ولا استهل[٢] الحديث، إلا أن العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة **(وتجب في سنة)** وقال الشافعي رحمه الله: في ثلاث سنين لأنه بدل النفس ولهذا يكون موروثاً بين ورثته. ولنا ما روي عن محمد بن الحسن رحمه الله أنه قال: «بلغنا أن رسول الله عليه الصلاة والسلام جعله على العاقلة في سنة»[٣]. ولأنه إن كان بدل النفس من حيث أنه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالأم

بكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة ووجب دية بالغة إلى خمسمائة درهم أيضاً فيما فوقها، فإن مثل ذلك كله في مال القاتل كما مرّ في الفصل السابق مع جريان التعليل المذكور فيه أيضاً. ثم أقول: هنا توجيه آخر لم يذكره الشراح وهو، أن يكون للقيد المذكور للاحتراز عن جنين الأمة مطلقاً بأن يكون معناه إذا كانت خمسمائة درهم على البتات بتقدير الشرع ذلك القدر المعين، وهذا إنما يكون في جنين الحرة، فإن الواجب في جنين الأمة نصف عشر قيمته لو كان حياً إن كان ذكراً، وعشر قيمته حياً إن كان أنثى من غير تعيين قدر معين من العدد فضلاً عن أن تبلغ خمسمائة فحينئذ يحصل المرام من غير كلفة كما ترى قوله: **(وقال مالك في ماله لأنه بدل الجزء)** أقول: في تعليله نظر، لأن مجرد كونه بدل الجزء لا يقتضي كونه في مال الجاني، بل لا بد من أن يكون البدل أقل من خمسمائة درهم والبدل فيما نحن فيه تمام خمسمائة درهم، وقد مرّ قبيل هذا الفصل أن عمد الصبي والمجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة، وكذا كل جناية موجبها خمسمائة فصاعداً. ويمكن أن يقال: إن مذهب مالك أن لا يجب بدل الجزء على العاقلة فيما إذا كان أقل من ثلث الدية كما صرحوا به، وما نحن فيه كذلك، فيكون هذا التعليل من قبيل ذلك ولكنه من باب رد المختلف على المختلف تأمل تقف قوله: **(ولأنه بدل النفس ولهذا سماه عليه الصلاة والسلام دية حيث قال «دوه»)**، أقول: في الاستدلال على أنه بدل النفس تسمية النبي عليه الصلاة والسلام دية بحث، فإنه عليه الصلاة والسلام سمى كثيراً من بدل الأعضاء والأجزاء دية ألا يرى إلى ما مر فيما دون النفس أن سعيد بن المسيب رضي الله عنه روى أن النبي عليه الصلاة والسلام قال: «في النفس الدية، وفي المارن الدية[٤]» وهكذا كتب لعمرو بن حزم رضي الله عنه، وكتب له أيضاً «وفي العينين الدية، وفي إحداهما نصف الدية»[٥] إلى غير ذلك، فليتأمل في

تجب دية كاملة وإن لم تنفخ فيه الروح لا يجب شيء، فسكت زفر، فقال له السائل: أعتقتك سائبة، فجاء زفر إلى أبي يوسف فسأله عنه فأجابه أبو يوسف بمثل ما أجاب زفر. فحاجه بمثل ما حاجه السائل فقال: التعبد التعبد: أي ثابت بالسنة

زفر، ومرادنا ضمان القتل والوجوب على المحرم في كسر بيض الصيد عرف بالأثر على خلاف القياس. قوله: **(فقال له السائل: أعطيتك سائبة)** أقول: كانوا في الجاهلية إذا أعتقوا على أن لا ولاء للمعتق قالوا: أعتقه سائبة، أو هو من سيب الماء: أي جريه، وسيب

---

(١) حسن لشواهده. أخرجه أبو داود ٤٥٧٥ وابن ماجه ٢٦٤٨ كلاهما من حديث جابر وفي إسناده مجالد بن سعيد فيه كلام لا يضر لا سيما قد توبع فقد ورد من حديث المغيرة

أخرجه أبو داود ٤٥٦٨ ورجاله ثقات كلهم مشهورون سوى حفص بن عمر النمري، وهو صدوق كما في التقريب.

وأخرجه أبو داود ٧٥٧٤ والنسائي ٨/٥١، ٥٢ وابن حبان ٦٠١٩ والبيهقي ٨/١١٥ كلهم من حديث ابن عباس، وفيه قصة، وإسناده ضعيف لضعف أسباط

(٢) حسن. أخرجه الطبراني كما في المجمع ٦/٢٩٩ و ٣٠٠ من حديث أبي المليح الهذلي عن أبيه مرفوعاً بأتم منه، وقال الهيثمي: فيه منهال بن خليفة وثقه أبو حاتم، وضعفه جماعة.

وأخرجه الطبراني كما في نصب الراية ٤/٣٨٣ من حديث مجاهد عن حمل بن مالك بن النابغة، وفيه محمد بن أبي ليلى ضعيف. إلا أن الحديث يتقوىٰ بمجموع طريقيه، وأصله في البخاري ومسلم.

(٣) غريب. قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٣٨٣: غريب.

وقال ابن حجر في الدراية ٢/٢٨٢: لم أجد من وصله.

(٤) مرسل ابن المسيب تقدم في فصل فيما دون النفس، وأنه غريب لا يوجد كما قال الزيلعي، وابن حجر.

(٥) تقدم في فصل فيما دون النفس مستوفياً.

فعملنا بالشبه الأول في حَق التوريث، وبالثاني في حق التأجيل إلى سنة، لأن بدل العضو إذا كان ثلث الدية أو أقل أكثر من نصف العشر يجب في سنة، بخلاف أجزاء الدية لأن كل جزء منها على من وجب يجب في ثلاث سنين **(ويستوي فيه الذكر والأنثى)** لإطلاق ما روينا، ولأن في الحيين إنما ظهر التفاوت لتفاوت معاني الآدمية ولا تفاوت

الدفع قوله: **(إلا أن العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة)** قال صاحب الغاية: قول المصنف هذا يتعلق بقوله وهي على العاقلة عندنا إذا كانت خمسمائة، وكأنه يقول: إذ كانت الغرة أقل من خمسمائة درهم لا تعقله العاقلة. ولنا فيه نظر، لأن في جنين الأمة لا وجوب على العاقلة أصلاً لأن الواجب في جنين الأمة على الضارب مطلقاً انتهى. أقول: نظره ساقط لأن قول المصنف إلا أن العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة إنما يدل على أنها تعقل خمسمائة فصاعداً بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بمعتبر عندنا ولئن سلمنا اعتباره عندنا أيضاً في الروايات فمفهوم قوله المذكور أنها تعقل خمسمائة فصاعداً في الجملة لأنها تعقلها في كل مادة حتى يرد النقض بالواجب في جنين الأمة إذا بلغ خمسمائة حيث يكون على الضارب لا على العاقلة. وقال صاحب العناية: قول المصنف إلا أن العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة جواب عما يقال: الحديث يدل على أن الدية على العاقلة قليلة كانت أو كثيرة، وأنتم قيدتم بقولكم إذا كانت خمسمائة وقد علمت ما يرد عليه من النظر انتهى. أقول: الظاهر أن مراده بما يرد عليه من النظر ما ذكره فيما مر بقوله: وردّ بأن ما يجب في جنين الأمة هو في مال الضارب مطلقاً من غير تقييد بالبلوغ إلى خمسمائة، إلا أنك علمت سقوطه أيضاً بما بيناه في سقوط نظر صاحب غاية البيان آنفاً. ثم أقول: في تقرير مراد المصنف هنا خلل، إذ لا يتم حينئذ السؤال ولا الجواب. أما الأول فلأن مدلول الحديث المذكور قضاء رسول الله ﷺ بدية جنين الحرة على العاقلة[1] وديته تبلغ خمسمائة درهم بالاجماع، فمن أين يدل الحديث على أن الدية لو كانت قليلة بحث لم تبلغ خمسمائة درهم تكون أيضاً على العاقلة حتى يتوجه أن يقال إنه ينافي تقييدكم بقولكم إذا كانت خمسمائة درهم. وأما الثاني فلأن الحديث المذكور لو دلّ على أن الدية سواء كانت أقل من خمسمائة أو أكثر منها على العاقلة لما صلح مجرد قول المصنف إلا أن العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة لأن يكون معمولاً به في مقالة ذلك الحديث دون بيان نص يشهد بذلك حتى يصلح للجواب عما ذكره كما قرره قوله: **(ولأنه إن كان بدل النفس من حيث إنه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالأم فعملنا بالشبه الأول في حق التوريث وبالثاني في حق التأجيل إلى سنة)** أقول: لقائل أن يقول: لم لم يعكس الأمر: أي لم يعمل في حق التأجيل بالشبه

من غير أن يدرك بالعقل، وهذا دليل على أن قول زفر هو وجه الاستحسان. وقال في الذخيرة: قوله وجه القياس كما ذكرنا آنفاً. ويحتمل أنه رجع من أحدهما إلى الآخر، والحديث المروى دليل واضح على أن الدية مقدرة بعشرة آلاف درهم قيل وإنما بين الشارع القيمة إشارة إلى أن الحيوان لا يثبت في الذمة ثبوتاً صحيحاً إلا من حيث اعتبار صفة المالية. وقوله: **(إذا كان خمسمائة درهم)** قيل قيد به احترازاً عن جنين الأمة إذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة. ورد بأن يجب في جنين الأمة هو في مال الضارب مطلقاً من غير تقييد بالبلوغ إلى خمسمائة على ما سيجيء. وقيل لعله وقع سهواً من الكاتب وكان في الأصل

الدابة: إهمالها قوله: **(وهذا دليل على أن قول زفر هو وجه الاستحسان)** أقول: أي الوجه الثابت بالاستحسان قوله: **(وقال في الذخيرة: قوله وجه القياس)** أقول: أي الوجه الثابت بالقياس قوله: **(قيل قيد به احترازاً عن جنين الأمة)** أقول: ولعل الأولى أن يقال: احتراز عنه، فإن ما يجب فيه ليس مقدراً بخمسمائة، ومعنى قوله إذا كانت خمسمائة إذا كانت مقدرة بها شرعاً قوله: **(إذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة)** أقول: قوله لا تبلغ خمسمائة: يعني بأن لا يكون من مولاها ولا من المغرور فتأمل قوله: **(من غير تقييد بالبلوغ إلى خمسمائة)** أقول: المضاف مقدر: أي بعيد البلوغ. ثم أقول: عدم بلوغ ما يجب في الجنين إلى خمسمائة من الأمور المقررة الظاهرة إذا لم تكن من المولى ولا من المغرور فلا حاجة إلى التقييد قوله: **(وكان في الأصل إذ كان خمسمائة)** أقول: قوله إذ بسكون الذال بلا ألف

---

(١) تقدم قبل أربعة أحاديث.

في الجنين فيقدر بمقدار واحد وهو خمسمائة **(فإن ألقته حياً ثم مات ففيه دية كاملة)** لأنه أتلف حياً بالضرب السابق **(وإن ألقته ميتاً ثم ماتت الأم فعليه دية بقتل الأم وغرة بإلقائها)** وقد صح «أنه عليه الصلاة والسلام قضى في هذا بالدية والغرة»[1] **(وإن ماتت الأم من الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حياً ثم مات فعليه دية في الأم ودية في الجنين)** لأنه قاتل شخصين **(وإن ماتت ثم ألقت ميتاً فعليه دية الأم ولا شيء في الجنين)** وقال الشافعي: تجب الغرّة في الجنين لأن الظاهر موته بالضرب فصار كما إذا ألقته ميتاً وهي حية. ولنا أن موت الأم أحد سببي موته لأنه

الأول وفي حق التوريث بالشبه الثاني، وما لم يبين وجه ذلك لا يتم المطلوب ها هنا. والأظهر في تقرير التعليل هاهنا ما ذكر في الكافي أخذاً من المبسوط حيث قال: ولأنه إذا كان بدل النفس من حيث أنه نفس مودعة في الأم حتى ينفصل عنها حية فالجناية عليه قبل الانفصال تعتبر الجناية عليه بعد الانفصال فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالأم فلا يثبت من التأجيل إلا قدر المتيقن انتهى تدبر تفهم قوله: **(لأن بدل العضو إذا كان ثلث الدية أو أقل أكثر من نصف العشر يجب في سنة)** قال صاحب النهاية: هذا هو الصحيح من لفظ الكتاب، وقوله أكثر بدون الواو بدل من أقل: أي إذا كان ذلك الأقل أكثر من نصف العشر، وفي بعض النسخ أو أكثر، وفي بعضها وأكثر، وكلاهما غير صحيح لأنه لا يبقى بدلاً حينئذ، انتهى كلامه وتبعه جماعة من الشراح. وقال صاحب العناية: قوله لأن بدل العضو إذا كان ثلث الدية أو أقل أكثر من نصف العشر هو الصحيح من النسخ، وفي بعضها أو أكثر، وفي بعضها وأكثر قال الشارحون: وكلاهما غير صحيح، لأن المراد أن يكون الأقل من ثلث الدية أكثر من نصف العشر، وهو إنما يكون إذا كان الأكثر صفة الأقل أو بدلاً منه، ولعل العطف بالواو يفيد ذلك إلى هنا لفظه. أقول: فيه

إذ كان خمسمائة تعليلاً لكونها على العاقلة. وقوله: **(في ماله)** أي في مال الضارب **(لأنه بدل الجزء)** أي جزء الآدمي فصار كقطع أصبع من أصابعه. وقوله: **(دوه)** أي أدّوا ديته، أمر لمخاطب من الودي، وهذا الحديث حديث حمل بن مالك بالحاء المهملة والميم المفتوحتين قال «كنت بين جارتين لي فضربت إحداهما بطن صاحبتها بعمود فسطاط أو بمسطح خيمة فألقت جنيناً ميتاً، فاختصم أولياؤهما إلى رسول الله ﷺ، فقال عليه الصلاة والسلام لأولياء الضاربة: دوه، فقال أخوها: أندي من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل ومثله دمه يطل؟ فقال عليه الصلاة والسلام أسجع كسجع الكهان» وفي رواية «دعني وأراجيز العرب قوموا فدوه» الحديث، ففيه التنصيص على إيجاب الدية على العاقلة. وقوله: **(إلا أن العواقل)** جواب عما يقال الحديث يدل على أن الدية على العاقلة قليلة كانت أو كثيرة وأنتم قيدتم بقولكم إذا كانت خمسمائة درهم وقد علمت ما يرد عليه من النظر. وقوله: **(لأن بدل العضو إذا كان ثلث الدية أو أقل أكثر من نصف العشر)** هو الصحيح من النسخ، وفي

وقوله: **(لكونها على العاقلة)** أقول: مقتضى هذا التعليل أن يجب ضمان جنين الأمة على العاقلة إذا بلغت قيمته دية الرجل، فالمخلص ما ذكرنا من ملاحظة التقدير شرعاً قال المصنف: **(حيث قال: «دوه»)** أقول: يجوز أن يقول تعليلاً لقوله قضى الخ، أو لقوله سماه دية، والثاني أقرب، ويستفاد تعليل الأول منه أيضاً قوله: **(أو بمسطح خيمة)** أقول: أي عود من عيدان الخباء قوله: **(فقال أخوها: أندي من لا صاح ولا استهل)** أقول: يعني أنودي دية من لم يصح ولم يستهل: يعني لم يرفع صوته عند الولادة قوله: **(وفي بعض الشروح أن تقييده بالأكثر ليس بمفيد الخ)** أقول: يعني غاية البيان وأجاب في الكفاية بأنه لما كان أكثر من نصف العشر مؤجلاً إلى سنة، فأولى أن يكون

---

(١) غريب هكذا. والذي صح هو ما أخرجه البخاري ٦٩١٠ ومسلم ١٦٨١ وأبو داود ٤٥٧٦ والنسائي ٨/٤٨ وابن الجارود ٧٧٦ وابن حبان ٦٠٢٠ والدارمي ٢/١٩٧ وأحمد ٢/٥٣٥ والبيهقي ٨/١١٤ وعبد الرزاق ١٨٣٣٨ من طرق كلهم عن أبي هريرة قال: «اقتتلت امرأتان من هذيل، فرمت إحداهما الأخرى، فقتلتها وما في بطنها، فاختصموا إلى النبي ﷺ، فقضى أن دية جنينها غرةٌ عبدٌ أو وليدةٌ، وقضى أن دية المرأة على عاقلتها» هذا لفظ البخاري وغيره.

وكرره البخاري ٦٩٠٩ ومسلم وغيرهما وفيه: «قضى رسول الله ﷺ في جنين امرأة من بني لحيان بغرّة عبد أو أمة...» الحديث.

وورد من حديث ابن عباس. أخرجه أبو داود ٤٥٧٢ والنسائي ٨/٤٧ والدارمي ٢/١٩٦ . ١٩٧ وابن ماجه ٢٦٤١ والشافعي ٢/١٠٣ وعبد الرزاق ١٨٣٣٩ وابن حبان ٦٠٢١ من طرق كلهم من حديث ابن عباس وإسناده صحيح. وليس فيه لفظ مراد صاحب الهداية وهو: «ألقته ميتاً، ثم ماتت» وإنما هو مطلق فما ذهب إليه الشافعي صواب أيضاً

يختنق بموتها إذ تنفسه بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك. قال: **(وما يجب في الجنين موروث عنه)** لأنه بدل نفسه فيرثه ورثته **(ولا يرثه الضارب، حتى لو ضرب بطن امرأته فألقت ابنه ميتاً فعلى عاقلة الأب غرّة ولا يرث منها)** لأنه قاتل بغير حق مباشرة ولا ميراث للقاتل. قال: **(وفي جنين الأمة إذا كان ذكراً نصف عشر قيمته لو كان حياً وعشر قيمته لو كان أنثى)** وقال الشافعي: فيه عشر قيمة الأم، لأنه جزء من وجه، وضمان الأجزاء يؤخذ مقدارها من الأصل. ولنا أنه بدل نفسه لأن ضمان الطرف لا يجب إلا عند ظهور النقصان، ولا معتبر في ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها. وقال أبو يوسف: يجب ضمان النقصان لو انتقصت الأم اعتباراً بجنين البهائم، وهذا لأن الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده على ما نذكر إن شاء الله تعالى، فصح الاعتبار على أصله. قال: **(فإن ضربت فأعتق المولى ما في بطنها ثم ألقته حياً ثم مات ففيه قيمته حياً ولا تجب الدية وإن مات بعد العتق)** لأنه قتله بالضرب السابق وقد كان في حالة الرق فلهذا تجب القيمة دون الدية، وتجب قيمته حياً لأنه بالضرب صار قاتلاً إياه وهو حيّ فنظرنا إلى حالتي السبب والتلف. وقيل هذا عندهما، وعند محمد تجبْ قيمته ما بين كونه مضروباً إلى كونه غير مضروب، لأن الإعتاق قاطع للسراية على ما يأتيك بعد إن شاء الله تعالى. قال: **(ولا كفارة في الجنين)**

شيء، وهو أن بين قوله ولعل العطف بالواو يفيد ذلك أيضاً وبين قوله هو الصحيح من النسخ بقصر الصحة على الأول تدافعاً لا يخفى، اللهم إلا أن يكون مراده قصر الصحة على الأول من الرواية لا من حيث سداد المعنى فحينئذ يندفع التدافع. وقال صاحب الغاية: وقوله أكثر بدون الواو العاطفة في أوله على أن صفة لقوله أقل: أي إذا كان بدل العضو ثلث الدية أو كان أقل من ثلث الدية، وكان ذلك الأقل أكثر من نصف عشر الدية يجب في سنة واحدة، ولكن لنا في التقييد بالأكثر نظر، لأنه إذا لم يكن أكثر من نصف عشر الدية بل كان قدر نصف عشر الدية إلى ثلثها يجب في سنة انتهى. ونقل صاحب العناية مضمون نظره ولم يتعرض للجواب عنه حيث قال: وفي بعض الشروح أن تقييده بالأكثر ليس بمفيد، لأنه لو كان نصف العشر كان الحكم كذلك انتهى فكأنه ارتضاه. وأشار صاحب الكفاية إلى الجواب عنه حيث قال بعد تصحيح النسخة الأولى: لكن التقريب إنما يتأتى أن لو كان نصف العشر واجباً في سنة، لأن الغرة مقدرة بنصف العشر، ولم يتعرض لأنه له لما كان أكثر من نصف العشر مؤجلاً بسنة فأولى أن يكون نصف العشر مؤجلاً بها انتهى. أقول: فيه نظر، إذ لا نسلم أنه أذا كان ما هو أكثر من نصف العشر مؤجلاً بسنة فأولى أن يكون نصف العشر أيضاً مؤجلاً بسنة لجواز أن يكون نصف العشر غير مؤجل أصلاً كأقل من نصف العشر أو يكون مؤجلاً بأقل من سنة وبذلك لا يتم التقريب كما لا يخفى قوله: **(ولنا أن موت الأم أحد سببي موته لأنه يختنق إذ تنفسه بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك)** اعترض عليه بأن الشك ثابت فيما إذا ألقت جنيناً ميتاً لاحتمال أن يكون الموت بالضرب واحتمال أنه لم ينفخ فيه الروح، ومع ذلك وجب الضمان وهو أول ما ذكر في هذا الفصيل. وأجيب بأن الغرّة في تلك الصورة ثبتت بالنص على خلاف القياس كما ذكرنا، وليس ما نحن فيه في معناه لأن فيه الاحتمال من وجه واحد، وفيما نحن فيه من وجوه وهي احتمال عدم نفخ الروح والموت

بعضها أو أكثر، وفي بعضها وأكثر. قال الشارحون: وكلاهما غير صحيح، لأن المراد أن يكون الأقل من ثلث الدية أكثر من نصف العشر، وهو إنما يكون إذا كان أكثر صفة لأقل أو بدلاً منه، ولعل العطف بالواو يفيد ذلك أيضاً. وفي بعض الشروح أن تقييده بالأكثر ليس بمقيد، لأنه لو كان نصف العشر كان الحكم كذلك، وقوله: **(بخلاف أجزاء الدية، لأن كل جزء منها على من وجب يجب في ثلاث سنين)** صورته أن يشترك عشرون رجلاً في قتل رجل خطأ فإنه يجب على كل واحد منهم

نصف العشر مؤجلاً بها قوله: **(صورته أن يشترك عشرون رجلاً في قتل رجل خطأ)** أقول: فيه أن الأولى أن يقول مثلاً إذا اشترك الخ قال المصنف: **(فلا يجب الضمان بالشك)** أقول: وفيه أن التسبيب للموت يوجب الضمان أيضاً فينبغي أن يجب. وجوابه أن إيجاب الغرة ثبت بالحديث، على خلاف القياس فإن حياته مشكوكة، وهذا ليس في معناه حتى يلحق به لكثر الاحتمالات هنا دونه، هكذا قيل، ولك أن تقول قوله عليه الصلاة والسلام «في الجنين غرة عام» فلا بد للتخصيص من دليل فليتأمل هل يمكن التخصيص بالمباشرة بأن يقال:

وعند الشافعي تجب لأنه نفس من وجه فتجب الكفارة احتياطاً. ولنا أن الكفارة فيها معنى العقوبة وقد عرفت في النفوس المطلقة فلا تتعداها ولهذا لم يجب كل البدل. قالوا: إلا أن يشاء ذلك لأنه ارتكب محظوراً فإذا تقرب إلى الله تعالى كان أفضل له ويستغفر مما صنع **(والجنين الذي قد استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين التام في هذه الأحكام)**

بسبب انقطاع الغذاء بسبب موت الأم وبسبب تخنيق الرحم وغم البطن، فلا يلحق بذلك قياساً ولا دلالة فبقي على أصل القياس وهو عدم وجوب الضمان، كذا في العناية أخذاً من النهاية. وأورد بعض الفضلاء على هذا الجواب حيث قال: لقائل أن يقول: النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام «في الجنين غرّة»[1] يشمله فلا حاجة إلى الإلحاق انتهى. أقول: هذا أمر عجيب من مثله، فإن مضمون إيراده مع جوابه مذكور في شرح تاج الشريعة، فإن كان جوابه المذكور هناك مقبولاً عند هذا القائل فما معنى ذكر السؤال وترك الجواب، وإن لم يكن ذلك الجواب مقبولاً عنده كان عليه بيان فساده فكأنه لم ينظر إلى ما في شرح تاج الشريعة هنا ولم يظفر بجواب إيراده أصلاً، والذي ذكر في شرح تاج الشريعة هنا هكذا، فإن قلت: عموم قوله عليه الصلاة والسلام «في الجنين غرّة، عبد أو أمة»[2] يتناول

نصف عشر الدية في ثلاث سنين على ما يجيء في المعاقل. وقوله: **(ويستوي فيه)** أي في وجوب قدر الغرّة بأنه عبد أو أمة قيمته خمسمائة درهم لإطلاق ما روينا وهو قوله ﷺ «في الجنين غرّة عبد أو أمة قيمته خمسمائة درهم» وقوله: **(ولأن في الحيين)** دليل معقول على التساوي بين الذكر والأنثى في الولدين المنفصلين في الدية لتفاوت معاني الآدمية في المالكية فإن الذكر مالك مالاً ونكاحاً والأنثى مالكة مالاً مملوكة نكاحاً فكان بينهما تفاوت فيما هو من خصائص الآدمية وهو معدوم في الجنين فيتقدر بمقدار واحد وهو خمسمائة. وقوله: **(وإن ألقته حياً ثم مات)** أول الأقسام الأربعة العقلية الحاصلة من موت أحدهما بعد الضرب، وهي أن خروج الجنين من الأم إما أن يكون في حال حياتهما أو في حال مماتهما أو في حال حياة الأم وممات الجنين أو العكس، والأقسام مع أحكامها مذكورة في الكتاب. وقوله: **(فلا يجب الضمان بالشك)** اعترض عليه بأن الشك ثابت فيما إذا ألقت جنيناً ميتاً لاحتمال أن يكون الموت من الضرب واحتمال أنه لم ينفخ فيه الروح، ومع ذلك وجب الضمان وهو أول ما ذكر في هذا الفصل وأجيب بأن الغرّة في تلك الصورة ثبتت بالنص على خلاف القياس كما ذكرنا، وليس ما نحن فيه في معناه لأن فيه الاحتمال من وجه واحد، وفيما نحن فيه من وجوه وهي احتمال عدم نفخ الروح والموت بسبب انقطاع الغذاء بسبب موت الأم وبسبب تخنيق الرحم وغم البطن فلا يلحق بذلك لا قياساً ولا دلالة فبقي على أصل القياس وهو عدم وجوب الضمان. قال: **(وما يجب في الجنين موروث عنه)** كلامه واضح. وقوله: **(وفي الجنين الأمة الخ)** يعني جنين الأمة إذا كان ذكراً ولم يكن الحمل من المولى ولا من المغرور نصف عشر قيمته لو كان حياً وعشر قيمته لو كان أنثى. وطريق ذلك أن يقوّم الجنين بعد انفصاله ميتاً على لونه وهيئته لو كان حياً فينظر كم قيمته، ويجب نصف عشر ذلك إن كان ذكراً، وعشرة إن كان أنثى، وإنما قيدنا بكون الحمل من غير المولى والمغرور لأنه لو كان متهماً لزمت الغرّة لكونه حراً، فلو

المراد في قتل الجنين على حذف المضاف، والقتل إنما يستند حقيقة إلى المباشرة قوله: **(وأجيب بأن الغرة في تلك الصورة ثبتت بالنص على خلاف القياس كما ذكرنا إلخ)** أقول: لقائل أن يقول: النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام «في الجنين غرة» يشمله فلا حاجة إلى الإلحاق قال المصنف: **(وفي جنين الأمة إذا كان ذكراً نصف عشر قيمته)** أقول: قال الكاكي: أي إذا كانت حاملاً من زوجها لا من مولاها ليكون الولد رقيقاً ولا من مغرور، لأنه لو كان الحمل من مولاها أو من المغرور تجب الغرة ذكراً كان أو أنثى انتهى. فلو قال المصنف: وفي الجنين المملوك لكان أولى لعدم الاحتياج إلى هذا التقييد قوله: **(لجواز أن لا يكون حياً فلا تجب قيمته حيا هناك بل تجب الغرة)** أقول: فيه أن الدفع: أسهل من الرفع فيبعد أن لا يكون حياً وقت الضرب، ثم لا يكون الضرب مانعاً من حدوث الحياة، ويكون بعد حدوثه رافعاً له فليتأمل قال المصنف: **(ولأن بهذا القدر يتميز من العلقة والدم فكان نفساً)** أقول: منقوض بالمضغة إلا أن يراد التمييز التام الكامل.

---

(١) هو في المتقدم.
(٢) تقدم قبل حديث واحد.

لإطلاق ما روينا، ولأنه ولد في حق أمومية الولد وانقضاء العدة والنفاس وغير ذلك، فكذا في حق هذا الحكم، ولأن بهذا القدر يتميز من العلقة والدم فكان نفسها، والله أعلم.

المتنازع فيه. قلت: لا بد من إضمار فيصير كأنه قال في إتلاف الجنين غرّة، والشك واقع في ذلك انتهى، تأمل في تفصيل جوابه لعله سمت صالح قوله: **(ولنا أنه بدل نفسه لأن ضمان الطرف لا يجب إلا عند ظهور النقصان ولا معتبر به في ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها)** أقول: لقائل أن يقول: إن أراد أنه بدل نفسه من كل الوجوه كما هو الظاهر من سياق تعليله يكون ما ذكره هنا مناقضاً لما قاله فيما قبل من أنه أن كان بدل النفس من حيث إنه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالأم، وإن أراد أنه بدل نفسه من وجه لا يكون هذا دليلاً على مدعانا دافعاً لما قاله الشافعي من أنه جزء من وجه وضمان الأجزاء يؤخذ مقدراها من الأصل فليتأمل.

ضاع الجنين ووقع النزاع في القيمة فالقول للضارب لإنكاره الزيادة، وإن تعذر الوقوف على ذكورته وأنوثته نأخذ بالمتيقن. قوله: **(لأن ضمان الطرف لا يجب إلا عند ظهور النقصان)** يعني في الأصل، ألا ترى أنه إذا قلع السن فنبتت مكانه أخرى لم يجب شيء وهاهنا بدل الجنين واجب وإن لم يظهر في الأم نقصان، فدل على أن وجوبه باعتبار معنى النفسية لا الجزئية **(فيقدّر بها)** أي بقيمة نفس الجنين لا بقيمة الأم. قوله: **(وقال أبو يوسف)** هذا غير ظاهر الرواية عن أبي يوسف. قال في المبسوط: ثم وجوب البدل في جنين الأمة قول أبي حنيفة ومحمد وهو الظاهر من قول أبي يوسف. وعنه في رواية أنه لا يجب إلا نقصان الأم إن تمكن فيها نقص، وإن لم يتمكن لا يجب شيء كما في جنين البهيمة. وقوله: **(فنظرنا إلى حالتي السبب والتلف)** يعني أوجبنا القيمة اعتباراً بحالة الضرب، وأوجبنا قيمته حياً لا مشكوكاً في حياته اعتباراً بحالة التلف. لا يقال: هذا اعتبار بحالة الضرب فقط، إذ الواجب في تلك الحالة أيضاً قيمته حياً لجواز أن لا يكون حياً فلا تجب قيمته حيا هناك بل تجب الغرّة. وقوله: **(ما بين كونه مضروباً إلى كونه غير مضروب)** يعني تفاوت ما بينهما، حتى لو كانت قيمته غير مضروب ألف درهم وقيمته مضروباً ثمانمائة يجب على الضارب مائتا درهم. وقوله: **(على ما نذكر بيانه بعد هذا)** يعني في جناية المملوك والجناية عليه في مسألة من قطع يد عبد فأعتقه المولى ثم مات من ذلك. وقوله: **(وقد عرفت في النفوس المطلقة)** أي الكاملة بالنص فلا يتعداها إلى غير المطلقة نظير المطلقة وهو الجنين، لأن القياس لا يجري في العقوبات، وليس غير المطلقة حتى يلحق بها دلالة؛ ألا ترى أنه لا يجب كل البدل، والباقي ظاهر لا يحتاج إلى شرح.

باب ما يحدث الرجل في الطريق

قال: **(ومن أخرج إلى الطريق الأعظم كنيفاً أو ميزاباً أو جرصناً أو بنى دكاناً فلرجل من عرض الناس أن ينزعه)** لأن كل واحد صاحب حق بالمرور بنفسه وبدوابه فكان له حق النقض، كما في الملك المشترك فإن لكل واحد حق النقض لو أحدث غيرهم فيه شيئاً فكذا في الحق المشترك. قال: **(ويسع للذي عمله أن ينتفع به ما لم يضر بالمسلمين)** لأن له حق المرور ولا ضرر فيه فليلحق ما في معناه به، إذ المانع متعنت، فإذا أضر بالمسلمين كره له

باب ما يحدثه الرجل في الطريق

لما فرغ من بيان أحكام القتل مباشرة شرع في بيان أحكامه تسبيباً، وقدم الأول لكونه أصلاً لأنه قتل بلا واسطة ولكونه أكثر وقوعاً فكانت أمسّ حاجة إلى معرفة أحكامه قوله: **(ويسع للذي عمله أن ينتفع به ما لم يضر بالمسلمين لأن له حق المرور ولا ضرر فيه فليلحق به ما في معناه إذ المانع متعنت)** أقول: هذا المقام محل الكلام، فإن المدعى هنا وهو إباحة الانتفاع بالأمور المذكورة آنفاً للذي عملها ما لم يضر بالمسلمين مسألة متفق عليها بين الأئمة، ودليله المذكور في الكتاب لا يتمشى إلا على أصل محمد. أما أولاً فلأن قوله فليلحق به ما هو في معناه ليس بتام على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، إذ قد صرح في الشروح وعامة المعتبرات أن أصلهما أن لكل أحد من عرض الناس مسلماً كان أو ذمياً أن يمنع العامل من الوضع سواء كان فيه ضرر أو لم يكن إذا أراد الوضع بغير إذن الامام، فلأن فيه الافتيات على رأي الإمام فيما إليه تدبيره، فلكل أحد أن ينكر عليه، فظهر منه أن عمل ذلك والانتفاع به يشتمل على أمر منكر على أصلهما وهو الافتيات على رأي الإمام فيما إليه تدبيره وإن لم يضر بالمسلمين، فلم يتصور عندهما أن يكون ذلك في معنى المرور الذي لا يشتمل على أمر منكر أصلاً حتى يصح إلحاق ذلك به، وأما ثانياً فلأن قوله إذ المانع متعنت ليس بتام أيضاً على أصلهما قطعاً، إذ لو صح عندهما كون

باب ما يحدث الرجل في الطريق

لما فرغ من بيان أحكام القتل مباشرة ذكر أحكامه تسبيباً، والأول أولى بالتقديم، إما لأنه قتل بلا واسطة، وإما لكثرة وقوعه.. قال: **(ومن أخرج إلى الطريق الأعظم كنيفاً الخ)** الكنيف: المستراح، والميزاب معروف، والجرصن قيل هو البرج، وقال فخر الإسلام: جذع يخرجه الإنسان من الحائط ليبني عليه، والعرض بالضم: الناحية، قيل المراد به هنا أبعد الناس منزلة: أي أضعفهم وأرذلهم. وجملة الكلام في هذه المسألة في ثلاثة أشياء: في إباحة العمل وفي الخصومة وفي ضمان ما يتلف به. والمبدوء به في الكتاب الخصومة، وتعرض للنزع ولم يتعرض للمنع إلا على قول محمد فإن فيه خلافاً بين العلماء. قال أبو حنيفة: لكل أحد من عرض الناس مسلماً كان أو ذمياً أن يمنعه من الوضع سواء كان فيه ضرر أو لم يكن إذا أراد الوضع بغير إذن الإمام، لأن فيه الافتيات على رأي الإمام فيما إليه تدبيره، فلكل أحد أن ينكر عليه، وبه قال أبو يوسف، وقال محمد: ليس لأحد حق المنع إذا لم يكن فيه ضرر، لأنه مأذون في إحداثه شرعاً فهو كما لو أذن له الإمام. وأما الخصومة في الرفع فالمذكور في الكتاب قول أبي حنيفة، وقالا: ليس لأحد ذلك، أما على قول محمد فظاهر لأنه جعله كالمأذون من الإمام فلا يرفعه أحد، وأما أبو يوسف فإنه يقول: كان قبل الوضع لكل أحد يد فيه، فالذي يحدث يريد أن يجعلها في يد نفسه خاصة، فأما بعد الوضع فقد صار في يده، فالذي يخاصمه يريد إبطال يده من غير دفع الضرر عن نفسه فهو متعنت، وأما وجه قول أبي حنيفة فهو المذكور في الكتاب. وقوله: **(ويسع للذي عمله)** بيان الإباحة وهو ظاهر. وقوله ﷺ «لاضرر ولا ضرار في الإسلام» أي لا ابتداء ولا جزاء: يعني متعدياً عن مقدار حقه في الاقتصاص، لأن الضرار بمعنى المضارة وهو أن تضر من ضرك، وهذا الكلام فيما إذا كان الدرب نافذاً، وأما إذا كان غير نافذ فقوله وليس لأحد من أهل

باب ما يحدث الرجل في الطريق

قوله: **(وتعرض للنزع ولم يتعرض للمنع)** أقول: يعني أن الخصومة تارة تكون للنزع وتارة للمنع، فالمصنف تعرض للأول دون الثاني قوله: **(بيان الإباحة وهو الظاهر)** أقول: فإنه إذا وسعه الانتفاع به وسعه إحداثه أيضاً قال المصنف: **(وإذا أشرع في الطريق روشناً)**

ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام «لا ضرر ولا ضرار في الاسلام»[١] قال: **(وليس لأحد من أهل الدرب الذي ليس بنافذ أن يشرع كنيفاً أو ميزاباً إلا بإذنهم)** لأنها مملوكة لهم ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال، فلا يجوز التصرف أضرّ بهم أو لم يضر إلا بإذنهم. وفي الطريق النافذ له التصرف إلا إذا أضرّ لأنه يتعذر الوصول إلى إذن الكل، فجعل في حق كل واحد كأنه هو المالك وحده حكماً كي لا يتعطل عليه طريق الانتفاع، ولا كذلك غير النافذ لأن الوصول إلى إرضائهم ممكن فبقي على الشركة حقيقة وحكماً. قال: **(وإذا أشرع في الطريق روشناً أو ميزاباً أو نحوه فسقط على إنسان فعطب فالدية على عاقلته)** لأنه سبب لتلفه متعد بشغله هواء الطريق، وهذا من

المانع متعنتاً لما ذهب إلى جواز منعه شرعاً وقد عرفت كون مذهبهما ذلك ودليلهما الذي أقاما عليه فتبصر قوله: **(وكذلك إذا سقط شيء مما ذكرنا في أول الباب)** قال الشراح: يعني الكنيف والميزاب والجرصن[٢]. أقول: لعل قول المصنف هذا مستدرك، لأن ما مر آنفاً من لفظ مختصر القدوري وهو قوله وإذا أشرع في الطريق روشناً[٣] أو ميزاباً أو نحوه فسقط على إنسان فعطب فالدية على عاقلته كان متناولاً لجميع ما ذكر في أول الباب. أما للميزاب فصراحة كما ترى. وأما لغير ذلك فبعموم قوله أو نحوه فلا حاجة إلى ما ذكره المصنف هنا بل لا وجه للفظ،

الدرب الذي ليس بنافذ بيان لذلك. والدرب: الباب الواسع على السكة، والمراد به السكة هاهنا. وقوله: **(لأنها مملوكة لهم)** يعني في الغالب قال فخر الإسلام: المراد بغير النافذة المملوكة، وليس ذلك بعلة الملك فقد تنفذ وهي مملوكة وقد يسد منفذها وهي للعامة، لكن ذلك دليل على الملك غالباً فأقيم مقامه ووجب العمل به حتى يدل الدليل على خلافه. وقوله: **(على كل حال)** أي سواء كانوا متلازمين أو لم يكونوا. قوله: **(وإذا أشرع في الطريق روشناً)** وهو الممر على العلو بيان لوجوب الضمان وقوله: **(مما ذكرنا في أول الباب)** يعني الكنيف والميزاب والجرصن. وقوله: **(فالضمان على الذي أحدثه فيهما)** يعني ضمانهما على المحدث ولا ضمان على الذي عثر به لأنه مدفوع في هذه الحالة والمدفوع كالآلة وقوله: **(وإن سقط الميزاب الخ)** هذه المسألة على أربعة أوجه، لأنه إما أن أصابه الطرف الداخل أو الخارج، أو أصاباه جميعاً وعلم بذلك أو لم يعلم أيّ الطرفين أصابه، والجملة مذكورة في الكتاب بوجهها. وقوله: **(لأنه ليس بقاتل حقيقة)** يعني أن الكفارة وحرمان الإرث إنما يجبان بالقتل حقيقة، وهذا ليس بقتل حقيقة وإلا لساوى الملك غيره كما في الرمي. قيل إن كان قتلا حقيقة فالقياس شمول الوجوب في الضمان والكفارة والحرمان، وإن لم يكن فالقياس عدمه فيها. والجواب أن الضمان يعتمد الإتلاف بطريق صيانة التعدي للدماء عن الهدر، وقد تحقق إحداثه في الطريق ما ليس له ذلك. وأما الكفارة والحرمان فيعتمدان القتل عمداً أو خطأ ولم يوجد شيء منهما. وقوله: **(اعتباراً للأحوال)** يعني يعلم بيقين أنه قتيل الجراحة، ولا يعلم أنه بأيّ الطرفين كان، فإن كان للطرف الداخل فلا ضمان، وإن كان بالخارج فعليه الضمان فيجعل كأنه حصل بالطرفين. وقوله: **(ولو أشرع جناحاً)** ظاهر وقيل المشتري متعد أيضاً بترك الرفع مع إمكانه شرعاً. وأجيب بأن سبب ضمان القتل إما المباشرة أو التسبيب، ولم يوجد منه ذلك فصار كمن تمكن من رفع حجر عن الطريق ولم يفعل حتى عطب به إنسان فإنه لا ضمان، لأنه ليس بمباشرة ولا متسبب. واستشكل أيضاً بالحائط المائل إذا تقدم إنسان إلى صاحبه بالنقض فلم ينقض حتى

أقول: الروشن هو الرف عن الأزهري، وعن القاضي الصدر: الممر على العلو وهو مثل الرف، كذا في المغرب، وفي القاموس الروشن: الكوة قوله: **(يعني يعلم بيقين أنه قتيل الجراحة)** أقول: الظاهر أن يقول: قتيل الميزاب.

---

(١) تقدم مستوفياً. وهو بمجموع طرقه، وشواهده صحيح. لكن أكثر الروايات ليس فيها لفظ «في الإسلام» وانظر نصب الراية ٤/ ٣٨٤. ٣٨٦ ذكره باستيفاء.

(٢) الجُرْصُن: دخيل وقد اختلف فيه. فقيل البرج. وقيل: مجرى ماء يركب في الحائط. وعن البزدوي: جِذع يخرجه الإنسان من الحائط ليبني عليه اهـ مغرب.

(٣) الرَّوْشَن: هو ما وقع لصاحب العلو مرتفع على نصيب الآخر، وهو الرَّف. قاله الأزهري.
وعن القاضي الصدر: هو الممر على العلو، وهو مثل الرَّف اهـ مغرب.

أسباب الضمان وهو الأصل، وكذلك إذا سقط شيء مما ذكرنا في أول الباب **(وكذا إذا تعثر بنقضه أو عطبت به دابة، وإن عثر بذلك رجل فوقع على آخر فماتا فالضمان على الذي أحدثه فيهما)** لأنه يصير كالدافع إياه عليه **(وإن سقط الميزاب بطرفان أصاب)** ما كان منه في الحائط **(رجلاً فقتله فلا ضمان عليه)** لأنه غير متعدّ فيه لما أنه وضعه في ملكه **(وإن أصابه ما كان خارجاً من الحائط فالضمان على الذي وضعه فيه)** لكونه متعدّيا فيه، ولا ضرورة لأنه يمكنه أن يركبه في الحائط ولا كفارة عليه، ولا يحرم عن الميراث لأنه ليس بقاتل حقيقة **(ولو أصابه الطرفان جميعاً وعلم ذلك وجب نصف الدية وهدر النصف كما إذا جرحه سبع وإنسان، ولو لم يعلم أيّ طرف أصابه يضمن النصف)** اعتباراً للأحوال **(ولو أشرع جناحاً إلى الطريق ثم باع الدار فأصاب الجناح رجلاً فقتله أو وضع خشبة في الطريق ثم باع الخشبة وبرىء إليه منها فتركها)** المشتري حتى **(عطب بها إنسان فالضمان على البائع)** لأن فعله وهو الوضع لم ينفسخ بزوال ملكه وهو الموجب **(ولو وضع في الطريق جمراً فأحرق شيئاً يضمنه)** لأنه متعدّ فيه **(ولو حركته الريح إلى موضع آخر ثم أحرق شيئاً لا يضمنه)** لنسخ الريح فعله، وقيل إذا كان اليوم ريحاً يضمنه لأنه فعله مع علمه بعاقبته وقد أفضى إليها فجعل كمباشرته **(ولو استأجر ربّ الدار الفعلة لإخراج الجناح أو الظلة فوقع فقتل إنساناً قبل أن يفرغوا من العمل فالضمان عليهم)** لأن التلف بفعلهم **(وما لم يفرغوا لم يكن العمل مسلماً إلى رب الدار)** وهذا لأنه انقلب فعلهم قتلاً حتى وجبت عليهم الكفارة، والقتل غير داخل في عقده فلم يتسلم فعلهم إليه فاقتصر عليهم **(وإن سقط بعد فراغهم فالضمان على ربّ الدار استحساناً)** لأنه صح الاستئجار حتى استحقوا الأجر ووقع فعلهم

وكذلك سيما بالنظر إلى الميزاب تأمل قوله: **(وكذا إذا تعثر بنقضه إنسان أو عطبت به دابة)** أقول: فيه نوع تساهل، لأن جواب المسألة السابقة وجوب الدية على العاقلة، وفيما إذا عطبت به دابة يجب ضمانها في ماله صرح له في الكافي وغيره، وكلمة كذا تقتضي الاشتراك في الجواب وغير متحقق في قوله أو عطبت به دابة، اللهم إلا أن يكون المراد بكلمة كذا هنا هو التشبيه والتشريك في مجرد وجوب الضمان لا في وجوبه على الوجه الخاص المذكور فيما سبق فيعم قوله إذا تعثر بنقضه إنسان. وقوله أو عطبت به دابة، لكنه خلاف الظاهر من العبارة فهو عين التساهل قوله: **(ولو استأجر رب الدار الفعلة لإخراج الجناح أو الظلة فوقع فقتل إنساناً قبل أن يفرغوا من العمل فالضمان عليهم الخ)** قال شيخ الإسلام: هو على وجوه: إن قال مخرج الجناح للأجراء ابنوا جناحاً لي على فناء داري فإنه ملكي أو لي حق إشراع الجناح إليه من القديم ولم يعلم العملة بخلاف ما قاله ففعلوا ثم سقط فأصاب شيئاً فالضمان عليهم، ويرجعون بالضمان على الآمر قياساً واستحساناً سواء سقط قبل الفراغ من العمل أو بعده، لما أن الضمان وجب على العامل بأمر الآمر فكان له أن يرجع به عليه، كما لو استأجر غيره ليذبح له شاة ثم استحقت الشاة بعد

باع الدار من غيره ثم أصاب إنساناً فإنه لا ضمان على البائع وإن كان جانياً بترك النقض بعد التقدم إليه. والجواب أن صيرورة صاحب الحائط ضامناً بالتقدم إليه باعتبار ملكه وقد زال بالبيع. وصيرورة مخرج الجناح بشغل هواء طريق المسلمين تعدّياً ولم يزل بالبيع. وقوله: **(ولو حركته)** أي الجمر، قيل فيه تلويح إلى أن الريح إن هبت بشررها فأحرقت شيئاً وجب الضمان لأن التعدي كان بوضع الجمر وهو باق في مكانه، وإليه ذهب بعض أصحابنا. وقوله: **(وقيل إذا كان اليوم ريحاً يضمنه)** هو اختيار شمس الأئمة السرخسي، والأول: أعني الإطلاق في عدم الضمان اختيار شمس الأئمة الحلواني. وقوله: **(وقد أفضى**

قوله: **(وهو على وجوه أن قال المخرج، إلى آخر قوله: وإنما تحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل)** أقول: لا يقال فرق ما بين ما ذكر في الكتاب وهذا المنقول، فإن ما في الكتاب محمله المباشرة ولهذا تجب الكفارة، فلا فرق بين علم العملة وعدم علمهم بفساد الأمر في وجوب الضمان قبل الفراغ، ولا تتصور المباشرة بعده فيكون بالتسبيب، لأنا نقول: إشراع الجناح مطلقاً مباشرة، فلهذا شبه بذبح الشاة، وسيجيء من الشارح أيضاً بعد قال المصنف: **(حتى وجب عليهم الكفارة)** أقول: قال الزيلعي: بخلاف ما تقدم من المسائل من إخراج الجناح أو الميزاب أو الكنيف إلى الطريق فقتل إنساناً بسقوطه حيث لا تجب فيه الكفارة ولا يحرم الإرث لأنه تسبيب وهنا مباشرة انتهى. فتأمل في الفرق بين هذه المسألة وما تقدم.

عمارة وإصلاحاً فانتقل فعلهم إليه فكأنه فعل بنفسه فلهذا يضمنه (**وكذا إذا صبّ الماء في الطريق فعطب به إنسان أو دابة، وكذا إذا رش الماء أو توضأ**) لأنه متعدّ فيه بإلحاق الضرر بالمارة (**بخلاف ما إذا فعل ذلك في سكة غير نافذة وهو من أهلها أو قعد أو وضع متاعه**) لأن لكل واحد أن يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات السكنى كما في الدار المشتركة. قالوا: هذا إذا رشّ ماء كثيراً بحيث يزلق به عادة، أما إذا رشّ ماء قليلاً كما هو المعتاد والظاهر أنه لا

الذبح فللمستحق أن يضمن الذابح ويرجع الذابح به على الآمر لأنه غرّه كذا هذا. وإن قال المستأجر للأجراء أشرعوا لي جناحاً على فناء داري وأخبرهم أنه ليس له حق إشراع الجناح أو لم يخبرهم حتى بنوا جناحاً بأمره ثم سقط فأتلف شيئاً، إن سقط قبل فراغهم من العمل فالضمان على الأجراء، ولم يرجعوا قياساً واستحساناً، وإن سقط بعد فراغهم من العمل فكذلك على جواب القياس لأنه أمرهم بما لم يملك مباشرته بنفسه وقد عملوا بفساد الأمر فلم يحكم بالضمان على المستأجر كما لو استأجر ليذبح شاة جار له فذبح ثم ضمن الذابح للجار لم يرجع به على الآمر، وكذا لو استأجرهم ليبنوا بيتاً في وسط الطريق ثم سقط فأتلف شيئاً لم يرجعوا به على الآمر. وفي الاستحسان يكون الضمان على الآمر لأن هذا الأمر صحيح من حيث إن فناء داره مملوك له من وجه، على معنى أنه يباح له الانتفاع بشرط السلامة، ولكنه غير صحيح من حيث أنه غير مملوك له حيث لا يجوز له بيعه؛ فمن حيث إن الأمر صحيح يكون قرار الضمان على الآمر بعد الفراغ من العمل، ومن حيث إنه فاسد يكون الضمان على العامل قبل الفراغ من العمل عملاً بهما، وإظهار شبه الصحة بعد الفراغ من العمل أولى من إظهاره قبل الفراغ، لأن أمر الآمر إنما صح من حيث أن يملك الانتفاع بفناء داره، وإنما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل، كذا ذكر جمهور الشراح هنا. /أقول: هذه الوجوه في هذه المسألة بهذا التفصيل والبيان، وإن كان كما قاله شيخ الإسلام وارتضاه جمهور الشراح لكنه مشكل عندي من وجوه: الأول أنهم قالوا في تعليل جواب القياس في الوجه الثاني والثالث من الوجوه التي ذكروها لأنه أمرهم لما لا يملك مباشرته بنفسه وقد علموا بفساد الأمر، وهو إنما يتم فيما إذا أخبرهم بأن ليس له حق في ذلك لا فيما إذا لم يخبرهم بذلك، إذ لا علم لهم بفساد الأمر في هذه الصورة، وقد سوّوها في وضع المسألة في الوجه الثاني والثالث حيث قالوا: وأخبرهم أنه ليس له حق إشراع الجناح من القديم أو لم يخبرهم. والثاني أنهم قالوا في بيان وجه الاستحسان في الوجه الثالث أن أمره غير صحيح من حيث أن فناء داره غير مملوك له حيث لا يجوز له بيعه، وجعلوا الضمان من هذه الحيثية على العامل قبل الفراغ من العمل، مع أن مدخلية هذه الحيثية في فساد أمره فيما نحن فيه غير ظاهرة، لأنه لم يأمرهم ببيعه ولم يفعلوا ذلك حتى يفسد أمره بذلك لكونه غير مملوك له من هذه الحيثية ويجب الضمان على الفعلة قبل الفراغ من العمل، بل أمرهم بالانتفاع بذلك بإشراع الجناح إليه وفعلوا ذلك، ولا شك أنه مملوك من حيث الانتفاع به كما صرحوا به فكيف يفسد أمره من

إليها) أي إلى عاقبته وهو الحرق بواسطة الريح. قوله: (**ولو استأجر رب الدار الفعلة**) الفعلة جمع فاعل وهو على وجوه: إن قال المخرج للفعلة أخرجوا جناحاً على فناء داري فإن لي حق ذلك ولم يعلم الفعلة غير ما قال ففعلوا فسقط وأصاب شيئاً قبل الفراغ من العمل أو بعده فالضمان عليهم ويرجعون به على الآمر قياساً واستحساناً لأنه وجب بأمره فلهم أن يرجعوا به عليه، كما لو استأجره ليذبح شاة له ثم استحقت بعد الذبح فللمستحق أن يضمن الذابح ويرجع له الذابح على الآمر، وإن قال أشرعوا جناحاً على فناء داري وأخبرهم أن لا حق له في ذلك أو لم يخبرهم ففعلوا فسقط وأتلف شيئاً قبل الفراغ من العمل فعليهم الضمان ولم يرجعوا به على الآمر قياساً واستحساناً، وإن سقط بعد الفراغ منه فكذلك على جواب القياس لأنه أمرهم بما لا يملك مباشرته بنفسه وقد علموا بفساد الأمر فلم يحكم بالضمان على المستأجر كما لو استأجر ليذبح شاة جار له فذبح ثم ضمن الذابح للجار لم يرجع به على الآمر. وفي الاستحسان يكون الضمان على الآمر لأن هذا الأمر صحيح من حيث أنه فناء مملوك له من وجه على معنى أنه يباح له الانتفاع بشرط السلامة غير صحيح من حيث أنه غير مملوك له حيث لا يجوز له بيعه، فمن حيث الصحة يكون قرار الضمان على الآمر بعد الفراغ من العمل، ومن حيث الفساد يكون الضمان على العامل

يزلق به عادة لا يضمن **(ولو تعمد المرور في موضع صبّ الماء فسقط لا يضمن الراش)** لأنه صاحب علة. وقيل هذا إذا رشّ بعض الطريق لأنه يجد موضعاً للمرور لا أثر للماء فيه، فإذا تعمد المرور على موضع صبّ الماء مع علمه بذلك لم يكن على الراش شيء، وإن رش جميع الطريق يضمن لأنه مضطر في المرور؛ وكذلك الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق في أخذها جميعه أو بعضه **(ولو رش فناء حانوت بإذن صاحبه فضمان ما عطب على الآمر**

هذه الحيثية حتى يجب الضمان عليهم قبل الفراغ من العمل بناء على فساد الأمر. والثالث أنهم قالوا في الوجه الأول الضمان على الأجراء ويرجعون به على الآمر قياساً واستحساناً سواء سقط قبل الفراغ من العمل أو بعده. وقالوا في الوجه الثالث: وفي الاستحسان يكون الضمان على الآمر، والظاهر منه أن يكون الضمان في الوجه الثالث في جواب الاستحسان على الآمر ابتداء مع أن الفقه يقتضي أولوية كون الضمان في الوجه الأول أيضاً إذا كان السقوط بعد فراغهم من العمل على الآمر ابتداء؛ لأن الفعلة كانوا فيه مغرورين بقول الآمر إنه ملكي أو لي حق ذلك الفعل من القديم، بخلاف الوجه الثالث في الغرور مع الاشتراك بينهما في سائر الأمور كما ترى. ثم أقول: تقرير المصنف هذه المسألة وتعليلها لا يوافق ما ذكره الشراح هنا من التفصيل المنقول عن شيخ الاسلام، بل يأباه جداً. قال المصنف: جعل المسألة على وجهين: أحدهما السقوط قبل فراغهم من العمل، والآخر السقوط بعد فراغهم منه؛ وجعل حكم أحدهما مخالفاً لحكم الآخر مطلقاً. وقال في تعليل الأول: إن التلف كان بفعلهم، وإن فعلهم انقلب قتلاً حتى وجب عليهم الكفارة، والقتل غير داخل في عقده فلم يتسلم فعلهم إلى رب الدار فاقتصر عليهم. ولا يخفى أن هذا التعليل يقتضي أن يكون الضمان عليهم، وأن لا يرجعوا به على الآمر في صورة السقوط قبل فراغهم من العمل مطلقاً: أي في الوجه الأول أيضاً من الوجوه التي ذكرها الشراح نقلاً عن شيخ الإسلام وهو ما إذا أخبرهم الآمر بأن له حقاً في ذلك، لأن فعلهم لما انقلب قتلاً وصار غير داخل في عقد الآمر ولم يتسلم إليه بل اقتصر عليهم كان إخباره لهم بأن له حقاً في ذلك، وعدم إخباره لهم بذلك سببين قطعاً، ويقتضي أن لا يتم في صورة السقوط قبل الفراغ من العمل التعليل الذي ذكروه لرجوعهم بالضمان على الآمر قياساً واستحساناً في الوجه الأول من الوجوه التي ذكروها سواء سقط قبل الفراغ من العمل أو بعده بقولهم لأن الضمان وجب على العامل بأمر الآمر فكان له أن يرجع به عليهم، فإن فعلهم لما انقلب قتلاً في صورة السقوط قبل فراغهم من العمل صار مخالفاً لأمر الآمر خارجاً عن عقده فلم يكن بأمر الآمر، فما كان وجوب الضمان عليهم بأمره بل كان بفعل أنفسهم، ويقتضي أيضاً أن لا يتم تنظيرهم الوجه الأول بما لو استأجر غيره ليذبح شاة له ثم استحقت الذبح فللمستحق أن يضمن الذابح ويرجع الذابح به على الآمر في صورة السقوط قبل الفراغ من العمل، فإن فعل الذابح هناك لم ينقلب ما هو خارج عن العقد بل وقع على ما هو الداخل في العقد، فإذا ضمن الذابح كان له حق الرجوع على الآمر بحكم التغرير، بخلاف ما نحن فيه في صورة السقوط قبل الفراغ من العمل كما عرفت آنفاً. ثم إن بعض الفضلاء قال هنا: لا يقال فرق بين ما ذكر في الكتاب وهذا المنقول، فإن ما ذكر في الكتاب محمله المباشرة ولهذا تجب الكفارة، فلا فرق بين علم العملة وعدم علمهم بفساد الأمر في وجوب الضمان قبل الفراغ، ولا تتصور المباشرة بعده فيكون بالتسبيب. لأنا نقول: إشراع الجناح مطلقاً مباشرة فلهذا شبه بذبح الشاة، وسيجيء من الشارح أيضاً:

قبل الفراغ منه عملاً بهما، وإظهار حجة الصحة بعد الفراغ من العمل أولى من إظهارها قبل الفراغ، لأن أمر الآمر إنما صح من حيث أنه يملك الانتفاع بفناء داره، وإنما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل. وقوله لأنه **(صح الاستئجار)** يعني بالنظر إلى أن له أن ينتفع بفناء داره، فبالنظر إلى هذا كان أمره معتبراً ووقع فعلهم عمارة وإصلاحا فانتقل فعلهم إليه فكأنه فعل بنفسه، ولو فعله بنفسه يقيد بشرط السلامة لكونه غير مملوك له فكذا إذا أمر به. وقوله: **(بخلاف ما إذا فعل ذلك)** يعني الصبّ والرشّ والوضوء. وقوله: **(كما في الدار المشتركة)** يعني أنه له أن يفعل فيها ما هو من ضرورات السكنى وهو اعتبار

استحساناً. وإذا استأجر أجيراً ليبني له في فناء حانوته فتعقل به إنسان بعد فراغه فمات يجب الضمان على الأمر استحساناً، ولو كان أمره بالبناء في وسط الطريق فالضمان على الأجير) لفساد الأمر قال: **(ومن حفر بئراً في طريق المسلمين أو وضع حجراً فتلف بذلك إنسان فديته على عاقلته، وإن تلفت به بهيمة فضمانها في ماله)** لأنه متعد فيه فيضمن ما يتولد منه، غير أن العاقلة تتحمل النفس دون المال فكان ضمان البهيمة في ماله وإلقاء التراب واتخاذ الطين بمنزلة إلقاء الحجر والخشبة لما ذكرنا، بخلاف ما إذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه إنسان حيث لم يضمن لأنه ليس بمتعدّ فإنه ما أحدث شيئاً فيه إنما قصد دفع الأذى عن الطريق، حتى لو جمع الكناسة في الطريق وتعقل بها إنسان كان ضامناً لتعديه بشغله **(ولو وضع حجراً فنحاه غيره عن موضعه فعطب به إنسان فالضمان على الذي نحاه)** لأن حكم فعله قد انتسخ لفراغ ما شغله، وإنما اشتغل بالفعل الثاني موضع آخر **(وفي الجامع الصغير في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق، فإن أمره السلطان بذلك أو أجبره عليه لم يضمن)** لأنه غير متعد حيث فعل ما فعل بأمر من له الولاية في حقوق العامة **(وإن كان بغير أمره فهو متعد)** إما بالتصرف في حق غيره أو بالافتيات على

يعني صاحب العناية. أقول: جوابه ليس بسديد، إذ لم يقل أحد بأن إشراع الجناح مباشرة للقتل في صورة السقوط الفراغ من العمل، كيف ولو كان مباشرة له بعده فلا يخلو من أن يكون مباشرة من الفعلة أو من الآمر، فلو كان مباشرة من بعد الفعلة لوجب عليهم الضمان والكفارة قطعاً كما في السقوط قبل الفراغ، ولم يجب عليهم بعده شيء منهما بل وجب الضمان على الآمر وهو رب الدار استحساناً كما ذكر في الكتاب، ولو كان مباشرة من الآمر لوجب عليه الكفارة لا محالة ولم يقل به أحد، والتشبيه بذبح الشاة إنما وقع في صورة السقوط قبل الفراغ لا في صورة السقوط بعده، والذي سيجيء من الشارح أيضاً لا بد وأن يحمل على كون إشراع الجناح مباشرة في الصورة الأولى لا في الصورة الثانية. وأما كون إشراع الجناح مباشرة مطلقاً لفعل ما وإن لم يكن مباشرة للقتل في صورة السقوط بعد الفراغ فبمعزل عما فيه الكلام وغير مفيد في دفع السؤال الذي ذكره كما لا يخفى قوله: **(ولو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش)** أقول: في تحرير المصنف هنا شيء وهو أن الظاهر من قوله فيما مر آنفاً، وكذا إذا رش الماء بعد قوله وكذا إذا صب الماء أن مسألة رش الماء تغاير مسألة صب الماء، وقد ذكر هنا الصب في أصل المسألة حيث قال: ولو تعمد المرور في موضع صبّ الماء وذكر الرش في جوابها حيث قال: لا يضمن الراش فلم يطابق جواب المسألة وضع المسألة، ويمكن أن يعتذر عنه بأنه إنما فعل هكذا إيماء إلى اتحاد مسألتي الصبّ والرش في هذا الحكم مع الاعتماد إلى العلم بمغايرتهما مما ذكره من قبل قوله: **(وإذا استأجر أجيراً ليبني له في فناء حانوته فتعقل به إنسان بعد فراغه فمات يجب الضمان على الآمر استحساناً)** قال في العناية: لم

لحق الملك بحقيقته. وقوله: **(لأنه صاحب علة)** والعلة إذا صلحت لإضافة الحكم إليها بطل غيرها. وقوله: **(في فناء حانوته)** قيل الفناء سعة أم البيوت، وقيل ما امتد من جوانبها وقيل ما أعد لحوائج الدار كربط الدابة وكسر الحطب وقوله: **(فتعقل)** أي تشبث وتعلق بالبناء. وقوله: **(يجب الضمان على الآمر)** لم يتعرض بأن ذلك إذا علم الأجير أن الفناء لغير الآمر أو إذا لم يعلم. وفي الجامع الصغير للإمام المحبوبي ما يدل على أن هذا الجواب الذي ذكره في الكتاب فيما إذا كان الأجير يحسب أنه للمستأجر حيث قال: وإن استأجر رجلاً ليحفر له بئراً في الفناء فحفر ومات فيه إنسان أو دابة والفناء لغيره، فإن كان الأجير عالماً به فالضمان على الأجير وإن لم يعلم الأجير أن الفناء للغير فالضمان على المستأجر لأن الأجير لم يعلم بفساد الأمر. قال: **(ومن حفر بئراً في طريق المسلمين)** كلامه واضح. والبالوعة: ثقب في وسط البيت، وكذلك البلوعة وذكر رواية

قوله: **(والبالوعة ثقب في وسط البيت، وكذلك البالوعة)** أقول: وهذا المعنى لا يلائم المقام قال المصنف: **(فإن أمره السلطان بذلك أو أجبره عليه لا يضمن)** أقول: الأمر من السلطان إكراه، فقوله أو أجبره كالعطف التفسيري، وإذا أذن ولم يأمر ينبغي أن لا يكون متعدياً.

رأي الأمام أو هو مباح مقيد بشرط السلامة، وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره لأن المعنى لا يختلف **(وكذا إن حفره في ملكه لا يضمن)** لأنه غير متعدّ **(وكذا إذا حفره في فناء داره)**

يتعرض المصنف بأن ذلك إذا علم الأجير أن الفناء لغير الآمر أو إذا لم يعلم. وفي الجامع الصغير للإمام المحبوبي ما يدل على أن هذا الجواب الذي ذكره في الكتاب فيما إذا كان الأجير يحسب أنه للمستأجر حيث قال: وإن استأجر رجلاً ليحفر له بئراً في الفناء فحفر ومات فيه إنسان أو دابة والفناء لغيره فإن كان الأجير عالماً به فالضمان على الأجير وإن لم يعلم الأجير أن الفناء للغير فالضمان على المستأجر لأن الأجير لم يعلم بفساد الأمر انتهى. أقول: ما ذكره الإمام المحبوبي في جامعه وإن دل على أن الجواب الذي ذكره في الكتاب فيما إذا كان الأجير يحسب أن الفناء للمستأجر إلا أنه يدل بإطلاقه على أن الجواب في موت إنسان بعد فراغ الأجير من العمل وقبله سواء، والذي ذكر في الكتاب مقيد بكون موته بعد تعقله به بعد فراغ الأجير ولم يتعرض له الشارح أيضاً فتبصر قوله: **(وفي الجامع الصغير في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق فإن أمره السلطان بذلك أو أجبره عليه لم يضمن)** قال بعض الفضلاء: الأمر من السلطان إكراه؛ فقوله أو أجبره كالعطف التفسيري اهـ. أقول: ليس هذا بسديد، لأن كون مجرد الأمر من السلطان إكراهاً ليس بقول مختار سيما عند محمد رحمه الله كما نص عليه في السير الكبير حيث قال: إن مجرد أمر الإمام ليس بإكراه، فجاز أن يكون قوله في الجامع الصغير أو أجبره عليه بعد قوله فإن أمره السلطان بذلك مبنياً على ذلك، ولئن سلم أن كونه إكراهاً قول مختار فالظاهر أن الأمر هنا كناية عن الإذن لاستلزام الأمر الإذن، وعطف أجبر عليه قرينة على ذلك، وعن هذا قال في غاية البيان في تعليل هذه المسألة: وذلك لأن للإمام ولاية عامة فلا يضمن ما فعله بإذن الإمام. وقال في العناية: وذكر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على بيان إذن الإمام انتهى. ولا شك أن مجرد إذن السلطان فيما نحن فيه يدفع الضمان عن الفاعل، صرح به عامة المعتبرات فيكون قوله أو أجبره عليه مسألة أخرى لا محالة، وأما كون قوله أو أجبره عليه عطفاً تفسيرياً فمما لا وجه له، لأن العطف التفسيري لم يسمع في كلمة أو ومعناها أيضاً لا يساعد ذلك، وإنما شاع ذلك في كلمة الواو لمساعدة معناها إياه، ولكن بقي لنا شيء في قول محمد أو أجبره عليه بعد قوله فإن أمره السلطان بذلك، وهو أنه إذا علم عدم ضمان الفاعل فيما إذا أمره السلطان بما فعله يعلم عدم ضمانه قطعاً فيما إذا أجبره عليه فما فائدة ذكر قوله أو أجبره عليه بعد قوله فإن أمره السلطان بذلك. نعم لو قال فإن أجبره السلطان على ذلك أو أمره به لكان حسن لكون الثاني من قبيل الترقي تأمل تفهم قوله: **(وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره)** قال عامة الشراح: أراد بقوله مما ذكرناه: ما ذكره من أول الباب إلى هنا من إخراج الكنيف أو الميزاب أو الجرصن إلى الطريق وبناء الدكان فيه وإشراع الروشن وحفر البئر، وزاد صاحب الغاية: ووضع الحجر. وقالوا: أراد بقوله وغيره غير ما ذكر في الكتاب كبناء الظلة وغرس الشجر ورمي الثلج والجلوس للبيع، أقول: مما ذكره من أول الباب إلى هنا صبّ الماء في الطريق وكذا رش الماء أو التوضي فيه وكذا الخشبة فيه، ولم يذكر أحد من الشراح شيئاً من ذلك مع التزامهم البيان والتفصيل حتى ذكروا جميع ما وقع في الباب قبل ما تركوه وما بعده، وإن زعموا أن الجواب فيما تركوه خلاف الجواب فيما ذكروه وكان عليهم البيان والنقل. ثم إنهم جعلوا بناء الظلة من

الجامع الصغير لاشتمالها على بيان إذن الإمام. والافتيات: الاستبداد بالرأي افتعال من الفوت وهو السبق. وقوله: **(وكذا الجواب على التفصيل)** يعني أنه لو فعل بأمر من له ولاية لم يضمنه، ولو فعل بنفسه من غير أمر أحد ضمنه. وقوله: **(مما ذكرناه)** يعني من أول الباب إلى هنا من إخراج الكنيف والميزاب والجرصن وبناء الدكان وإشراع الروشن وحفر البئر. وقوله: **(وغيره)** يعني ما لم يذكره في الكتاب كبناء الظلة وغرس الشجر ورمي الثلج والجلوس للبيع. وقوله: **(وكذلك إن حفره في ملكه لا يضمن)** يعني كما إذا أمره الإمام فحفر في طريق المسلمين لم يضمن ما تلف به، كذلك إذا حفره في ملكه وإن لم

لأن له ذلك لمصلحة داره والفناء في تصرفه. وقيل هذا إذا كان الفناء مملوكاً له أو كان له حق الحفر فيه لأنه غير متعدّ، أما إذا كان لجماعة المسلمين أو مشتركاً بأن كان في سكة غير نافذة فإنه يضمنه لأنه مسبب متعدّ وهذا صحيح **(ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعاً أو غما لا ضمان على الحافر)** عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه مات لمعنى في نفسه فلا يضاف إلى الحفر، والضمان إنما يجب إذا مات من الوقوع. وقال أبو يوسف رحمه الله: إن مات جوعاً فكذلك، وإن مات غماً فالحافر ضامن له لأنه لا سبب للغم سوى الوقوع، أما الجوع فلا يختص بالبئر. وقال محمد: هو ضامن في الوجوه كلها، لأنه إنما حدث بسبب الوقوع، إذ لولاه لكان الطعام قريباً منه. قال: **(وإن استأجر أجراء فحفروها له في غير فنائه فذلك على المستأجر ولا شيء على الأجراء إن لم يعلموا أنها في غير فنائه)** لأن الإجارة صحت ظاهراً إذا لم يعلموا فنقل فعلهم إليه لأنهم كانوا مغرورين، فصار كما إذا أمر آخر بذبح هذه

غير ما ذكر في الكتاب مع أنه قد ذكر في الكتاب حيث قال: ولو استأجر ربّ الدار الفعلة لإخراج الجناح أو الظلة فوقع وقتل إنساناً الخ. ويمكن أن يعتذر عن الثاني بأن الكلام هنا فيما فعل في طريق العامة، وقد حمل الشراح مسألة استئجار الفعلة لإخراج الجناح أو الظلة المذكورة في الكتاب فيما مر على ما فعل في فناء الدار لا في طريق العامة فلم يجعلوها مما نحن فيه هنا، وأرادوا ببناء الظلة الذي عدوه من غير ما ذكر في الكتاب بناءها في طريق العامة، أو أنهم حملوا المراد بما فعل في طريق العامة في قوله في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره على ما فعله الإنسان بنفسه دون ما استأجر الغير لفعله فلم يعدوا ما استأجر ربّ الدار الفعلة لإخراج الظلة مما نحن فيه هنا، وأرادوا ببناء الظلة الذي عدّوه من غير ما ذكر في الكتاب بناءه بنفسه، لكن الظاهر أن الجواب على التفصيل المذكور وهو أنه لو فعله بأمر السلطان لم يضمن، ولو فعله بغير أمره ضمن متمش فيما فعل في فناء الدار أيضاً، وفيما فعل باستئجار الغير لفعله أيضاً فلا فائدة في التخصيص بل لا وجه له تفكر قوله: **(وكذا إذا حفره في فناء داره)** يعني وإن لم يكن الفناء ملكه؛ كذا في العناية وغيرها. أقول: يرد عليه أنه ينافي ما ذكر فيما مرّ من المسألة المقررة المجمع عليها وهو قوله وإذا استأجر أجيراً ليبني له في فناء حانوته فتعقل به إنسان بعد فراغه فمات يجب الضمان على الآمر استحساناً فتأمل قوله: **(وقيل هذا إذا كان الفناء مملوكاً أو كان له حق الحفر فيه)** قال جمهور الشراح في تفسير قوله أو كان له حق الحفر فيه بأن كان لا يضر بأحد أو أذن له الإمام في ذلك. أقول: في كل من وجهي

يأذن له الإمام. وقوله: **(وكذلك إذا حفره في فناء داره)** يعني وإن لم يكن الفناء ملكه. وقيل جاز له ذلك إذا كان الفناء مملوكاً له أو كان له حق الحفر بأن لا يضرّ لأحد أو أذن له الإمام، أما إذا لم يكن كذلك فإنه يضمن. وقوله: **(هذا)** يعني هذا الجواب وهو أن يضمن إذا كان الفناء لجماعة المسلمين أو كان مشتركاً إذا كان في سكة غير نافذة صحيح. وقوله: **(ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعاً أو غماً)** أي انخناقاً بالعفونة. قال في الصحاح: يوم غم إذا كان يأخذ النفس من شدة الحر، وكلامه واضح، ولا يتوهم من تقديم قول أبي حنيفة أنه مرجوح على عادة من يؤخر الراجح فإن الفقه معه؛ ألا ترى أنه لو حبس رجلاً في بئر حتى مات غماً فإنه لا ضمان عليه، بخلاف ما لو مات فيه من الوقوع لأن أثر فعله وهو العمق أثر في نفس الواقع فلا بد من أثر الوقوع لوجوب الضمان. وقوله: **(وإن استأجر أجراء فحفروها له في غير فنائه)** يعني بأن كان الفناء للغير أو طريقاً للعامة لكنه غير مشهور، فإما أن يعلموا أنها في غير فنائه أو لا، فإن كان الثاني فالضمان على المستأجر ولا شيء على الأجراء لأن الإجارة صحت ظاهراً إذا لم يعلموا ذلك، وذلك يكفي لنقل الفعل إلى الآمر، لأنه لو توقف على صحة الأمر حقيقة تضرر الأجراء فامتنعوا عن العمل مخالفة لزوم العهدة وبالناس حاجة إلى ذلك فنقل فعلهم إليه، وهذا دليل كون الضمان على المستأجر. وقوله: **(لأنهم كانوا مغرورين)** دليل قوله ولا شيء على الأجراء، وصار هذا الأمر في صحته ظاهراً، وكون المأمور مغروراً كالآمر بذبح شاة ظهر فيها استحقاق الغير، إلا أن هناك يضمن المأمور ويرجع على الآمر لكونه مباشراً، وكون الآمر مسبباً والترجيح للمباشرة فيضمن ويرجع للغرور، وهاهنا يجب على المستأجر ابتداء لأن كل واحد منهما متسبب والأجير غير متعدّ والمستأجر متعد فيرجح جانبه، وإن كان الأول فالضمان على الأجراء لعدم صحة الأمر بما ليس بمملوك له فلا ينقل فعلهم إليه وليسوا بمغرورين فينتفي الضمان عنهم فبقي الفعل مضافاً إليهم. وفي عبارته تسامح لأن صحة

الشاة فذبحها ثم ظهر أن الشاة لغيره، إلا أن هناك يضمن المأمور ويرجع على الامر لأن الذابح مباشر والأمر مسبب والترجيح للمباشرة فيضمن المأمور ويرجع المغرور، وهنا يجب الضمان على المستأجر ابتداء لأن كل واحد منهما مسبب والأجير غير متعدّ والمستأجر متعدّ فيرجح جانبه **(وإن علموا ذلك فالضمان على الأجراء)** لأنه لم يصح أمره بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقي الفعل مضافاً إليهم **(وإن قال لهم هذا فنائي وليس لي فيه حق الحفر فحفروا**

تفسيرهم خلل. أما في الأول فلأن قول المصنف أما إذا كان لجماعة المسلمين أو مشتركاً الخ يأباه جداً، فإن عدم الضرر لأحد قد يتحقق في صورة كونه لجماعة المسلمين أو مشتركاً أيضاً، وقد جعل الحكم فيها خلاف ما إذا كان له حق الحفر فيه. وأما في الثاني فلأنه إذا أذن له الإمام يجوز له التصرف في طريق العامة أيضاً فلا يضمن ما عطب فيه كما مر آنفاً، ولا شك أن مراد المصنف بقوله بعد بيان ذلك، وكذلك إن حفر في ملكه لم يضمن، وكذلك إذا حفره في فناء داره هو أن الحافر لا يضمن في هاتين الصورتين بدون إذن الإمام أيضاً، وعن هذا قال الشراح في شرح قوله وكذلك إن حفر في ملكه لم يضمن: يعني كما إذا أذن له فحفره في طريق المسلمين لم يضمن، كذلك إن حفره في ملكه بلا إذن الإمام لم يضمن، فلا معنى لحمل ما قيل في مسألة الحفر في فناء داره التي جوابها عدم الضمان دون إذن الإمام أيضاً على التقييد بإذن الإمام كما لا يخفى. فقال صاحب الغاية في شرح هذا المقام: وقيل إنما يكون له أن يحفر في فناء داره إذا كان الفناء مملوكاً له، أو كان بحيث لا يلحق الضرر بغيره. لأنه إذا لم يلحق الضرر بغيره يكون له التصرف فيه مقيداً بشرط السلامة لعدم التعدي. أما إذا كان الفناء لجماعة المسلمين أو كان مشتركاً كما إذا كان في سكة غير نافذة يجب الضمان لوجود التعدي انتهى. أقول: قد زاد ذلك الشارح نغمة في الطنبور من جهة الفساد حيث شرح قوله أو كان له حق الحفر فيه بأن قال: أو كان بحيث لا يلحق الضرر بغيره. فاشترك مع جمهور الشراح في أن يرد عليه ما يرد على الوجه الأول من وجهي تفسيرهم كما بيناه من قبل. وقال في تعليل ذلك: لأنه إذا لم يلحق الضرر بالغير يكون له التصرف فيه مقيداً بشرط السلامة لعدم التعدي. ويرد عليه أن التقييد بشرط السلامة يقتضي الضمان عند الهلاك كما صرحوا به في مسائل عديدة. وجواب هذه المسألة عدم الضمان عند الهلاك لعدم التعدي فلا معنى للتقييد بشرط السلامة كما لا يخفى. ثم أقول: الصواب عندي أن معنى قوله أو كان له حق الحفر فيه إن كان له حق الاختصاص بالحق فيه بأن كان ذلك الموضع موقوفاً عليه للانتفاع فيه أو كان مما اشتأجره للانتفاع فيه أو نحو ذلك، فحينئذٍ ينتظم السباق واللحاق بلا غبار كما ترى قوله: **(وإن علموا بذلك فالضمان على الأجراء لأنه لم يصح أمره بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقي الفعل مضافاً إليهم)** قال صاحب العناية: في عبارة المصنف تسامح، لأن صحة الأمر فيما نحن فيه لا تحتاج إلى كون المأمور به في ملكه حتى يصح

الأمر فيما نحن فيه لا تحتاج إلى كون المأمور به في ملكه حتى يصح التعليل بقوله لأنه لم يصح أمره بما ليس بمملوك له، بل المناسب أن يقال: لأن الأمر لم يصح ظاهراً حيث علموا، وطولب بالفرق بين هذه المسألة وبين الأمر بإشراع الجناح، فإن الأجراء هنالك إذا لم يعلموا ضمنوا ورجعوا على الآمر وها هنا لم يضمنوا أصلاً. والجواب ما أشار إليه المصنف في ذبح شاة غيره بأن الذابح مباشر والآمر مسبب، وقد تقدم أن إشراع الجناح كذبح الشاة إذا ظهر استحقاقها **(وإن قال لهم هذا فنائي)** ظاهر. وقوله: **(فكان الأمر بالحفر في ملكه ظاهراً بالنظر إلى ما ذكرنا)** يعني قوله لانطلاق يده في التصرف الخ. فإن قيل:

إذ لا افتيات قوله: **(ولا يتوهم من تقديم قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى)** أقول: أي من تقديم دليل قوله رحمه الله قال المصنف: **(وقال أبو يوسف: إن مات جوعاً فكذلك)** أقول: ما ذكر في الكتاب غير ظاهر الرواية عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، وأما في ظاهر الرواية فلا يجب الضمان، قاله العلامة الإتقاني نقلاً عن الإسبيجابي، فالأولى وعن أبي يوسف وعن محمد رحمهما الله قوله: **(وفي عبارته تسامح الخ)** أقول: لا تسامح، إذ المراد أنه لا يصح أمره حقيقة لانتفاء الملك في المأمور به، ولا ظاهراً لعدم الغرور، فقوله

ومات فيه إنسان فالضمان على الأجراء قياساً) لأنهم علموا بفساد الأمر فما غرهم **(وفي الاستحسان الضمان على المستأجر)** لأن كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكاً له لانطلاق يده في التصرف فيه من إلقاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان فكان الأمر بالحفر في ملكه ظاهراً بالنظر إلى ما ذكرناه فكفى ذلك لنقل الفعل إليه. قال: **(ومن جعل قنطرة بغير إذن الإمام فتعمد رجل المرور عليها فعطب فلا ضمان على الذي عمل القنطرة، وكذلك إذا وضع خشبة في الطريق فتعمد رجل المرور عليها)** لأن الأول تعدّ هو تسبيب، والثاني تعدّ هو مباشرة فكانت الإضافة إلى المباشرة أولى، ولأن تخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة كما في الحافر مع الملقى. قال: **(ومن حمل شيئاً في الطريق فسقط على إنسان فعطب به إنسان فهو ضامن، وكذا إذا سقط فتعثر به إنسان وإن كان رداء قد لبسه فسقط عنه**

التعليل بقوله لأنه لم يصح أمره بما ليس بمملوك له، بل المناسب أن يقال: لأن الأمر لم يصح ظاهراً حيث علموا اهـ. أقول: ليس هذا بسديد، لأن مدار زعمه التسامح في عبارة المصنف على الغفلة عن دخول قوله ولا غرور في تمام التعليل، ولا شك أنه داخل فيه، فقوله لم يصح أمره بما ليس بمملوك له إشارة إلى انتفاء صحة أمره حقيقة. وقوله ولا غرور إشارة إلى انتفاء صحته ظاهراً، والمعنى لم يصح أمره حقيقة لانتفاء الملك في المأمور به، ولا ظاهر المعدم الغرور حيث علموا، فظهر أن ما ذكره المصنف تعليل مفيد واسع ليس بمثابة أن يقال: لأن الأمر لم يصح ظاهراً حيث علموا كما ترى، فلم يتم القول بأن ذلك هو المناسب قوله: **(فكان الأمر بالحفر في ملكه ظاهراً بالنظر إلى ما ذكرنا)** يعني قوله لأن كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكاً له لانطلاق يده في التصرف فيه الخ. قال في العناية أخذاً من معراج الدراية: فإن قيل: قوله ليس لي في حق الحفر يخالف هذا الظاهر وهو صريح فلا تعتبر الدلالة بمقابلته. أجيب بأن قوله ليس لي فيه حق الحفر يحتمل أن يكون مراده ليس لي ذلك في القديم، وهكذا لفظ المبسوط. فيكون الصريح مشترك الدلالة فلا يعارض الدلالة انتهى. أقول: في الجواب بحث، لأن كلمة ليس لنفي مضمون الجملة حالاً عند جمهور النحاة على ما تقرر في موضعه. فحينئذٍ لا يحتمل قوله ليس لي فيه حق الحفر غير نفي حق الحفر عنه حالاً. وأما عند بعض النحاة فكلمة ليس وإن كانت لنفي مطلقاً. إلا أن معناه أن مضمون الجملة إذا قيد في زمان من الأزمنة فهو على ما قيد به. وأما إذا لم يقيد بزمان فيحمل على الحال كما يحمل الإيجاب عليه في نحو زيدٌ قائمٌ كذا حققه الأندلسي واستحسنه الرضي. وفيما وقع في مسألة الكتاب لم يقيد بزمان فيحمل على الحال كما يحمل الإيجاب عليه قطعاً فلم يكن مشترك الدلالة، كيف ولو كان كذلك لما صح قول المصنف في تعليل كون الضمان على الأجراء قياساً لأنهم علموا بفساد الأمر فما غرهم، إذ العلم بفساد الأمر لا يتصور عند اشتراك دلالة ذلك. وأما ما وقع في لفظ المبسوط فالظاهر أن المراد به ليس لي ذلك من القديم لكنه لي في الحال وإلا لما تم وجه الاستحسان. ثم أقول: الحق عندي في الجواب أن يقال: يحتمل أن يكون المراد بذلك ليس لي على الاختصاص حق الحفر فيه على أن يكون اللام في لي للاختصاص فيجوز أن يكون فناء داره حق عامة

قوله ليس لي فيه حق الحفر يخالف هذا الظاهر وهو صريح فلا تعتبر الدلالة بمقابلته. أجيب بأن قوله ليس لي فيه حق الحفر يحتمل أن يكون مراده ليس لي ذلك في القديم، وهكذا لفظ المبسوط فيكون الصريح مشترك الدلالة فلا يعارض الدلالة. قال: **(ومن جعل قنطرة بغير إذن الإمام)** كلامه واضح. قوله: **(لأن الأول)** يعني جعل القنطرة ووضع الخشبة **(تعد)** أما وضع الخشبة فكونه تعديا ظاهر وأما بناء القنطرة فلأن الباني فوّت حقاً على غيره فإن التدبير في وضع القناطر على الأنهار العظام من حيث تعيين المكان والضيق والسعة للإمام فكان جناية بهذا الاعتبار والجناية تعدّ لا محالة. قوله: **(وهذا اللفظ)** يعني قوله

لأن صحة الأمر لا تحتاج الخ إن أراد صحة الأمر حقيقة فغير مسلم، وقد دل عليه قوله سابقاً لو توقف على صحة الأمر حقيقة، وإن أراد صحته ظاهراً فمسلم ولا يفيده كما لا يخفى قوله: **(بالنظر إلى ما ذكرنا: يعني قوله الخ)** أقول: فيه بحث قوله: **(فيكون الصريح مشترك الدلالة فلا يعارض الدلالة)** أقول: فما يفعل بقول المصنف لأنهم علموا بفساد الأمر، فإنه إذا كان مشترك الدلالة لم يعلموا به، إذ العلم لا يجامع الاحتمال.

فعطب به إنسان لم يضمن) وهذا اللفظ يشمل الوجهين، والفرق أن حامل الشيء قاصد حفظه فلا حرج في التقييد بوصف السلامة. واللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه فيخرج بالتقييد بما ذكرناه فجعلناه مباحاً مطلقاً. وعن محمد أنه إذا لبس ما لا يلبسه عادة فهو كالحامل لأن الحاجة لا تدعو إلى لبسه. قال: **(وإذا كان المسجد للعشيرة فعلق رجل**

المسلمين أو مشتركاً بأن كانت في سكة غير نافذة كما مر مثله فلا يخالف الظاهر من انطلاق يده في التصرف فيه. إذ يجوز لكل أحد التصرف في حق العامة بشرط السلامة، ولا ينافي أيضاً قول المصنف في تعليل وجه القياس لأنهم علموا بفساد الأمر فما غرهم؟ لأن فساد الأمر مقرر على كل من الاحتمالين. أما على احتمال أن يكون المراد ليس لي فيه حق الحفر أصلاً: أي على الاختصاص ولا على الاشتراك فظاهر. وأما على احتمال أن يكون المراد ليس لي فيه على الاختصاص حق الحفر فلأن الأمر بالحفر في حق العامة أو في الحق المشترك بدون إذن الشريك فاسد لأنه تعدّ، ولهذا لو فعله بنفسه فتلف به إنسان أو بهيمة يجب عليه الضمان قوله: **(وهذا اللفظ يشمل الوجهين)** قال جمهور الشراح: أشار المصنف بقوله وهذا اللفظ إلى قوله فعطب به فهو ضامن. وأراد بالوجهين في قوله يشمل الوجهين تلف الإنسان بوقوع الشيء المحمول عليه وتلفه بالتعثر به بعد ما وقع في الطريق. أقول: ما ذهبوا إليه من كون قول المصنف وهذا اللفظ إشارة إلى قوله فعطب به فهو ضامن فاسد من وجهين: أحدهما أنه لو كان قوله فعطب به فهو ضامن يشمل الوجهين وهما تلف الانسان بسقوط المحمول عليه وتلفه بتعثره به بعد سقوط ذلك لكان قوله وكذا إذا سقط فتعثر به إنسان بعد قوله فعطب به فهو ضامن مستدركاً محضاً. وثانيهما أنه لو كان مراد المصنف ذلك لذكر قوله وهذا اللفظ يشمل الوجهين قبل ذكر المسألة الثانية وهي قوله وإن كان رداء قد لبسه فسقط فعطب به إنسان لم يضمن، إذ لا وجه لتأخير بيان ما في المسألة الأولى عن ذكر المسألة الثانية بلا أمر داع إليه. وقال صاحب العناية بعد أن شرح المقام على ما ذهب إليه جمهور الشراح. وفيه نظر لأن قوله فعطب به معطوف على قوله فسقط على إنسان وذلك لا يشمل التعثر به. ثم قال: ولعل المصنف نظر إلى المعطوف مع قطع النظر عن المعطوف عليه انتهى. أقول: إن قوله ولعل المصنف نظر إلى المعطوف مع قطع النظر عن المعطوف عليه مما لا معنى له، لأن قوله فهو ضامن جواب مجموع المعطوف عليه فكيف يتصور صحة المعنى مع قطع النظر عن المعطوف عليه. وأنا أتعجب من هؤلاء الشراح كيف حملوا مراد المصنف ذلك المتقن التحرير على ما يأباه من له أدنى دربه بأساليب الكلام. وجعل تاج الشريعة قول المصنف وهذا اللفظ إشارة إلى قوله فعطب به إنسان لم يضمن، وهو الحق الصريح عندي أيضاً فإنه مصون عن المحذورات المذكورة كلها. ورده صاحب العناية بعد أن نقله حيث قال: وفي بعض الشروح جعل قوله وهذا اللفظ إشارة إلى قوله فعطب به إنسان لم يضمن، وهو بالنسبة

فعطب به فهو ضامن **(يشمل الوجهين)** وهما تلف الإنسان بوقوع الشيء المحمول عليه، وتلفه بالتعثر به ما وقع في الطريق، وفيه نظر لأن قوله فعطب به معطوف على قوله فسقط على إنسان وذلك لا يشتمل التعثر به. نعم لفظ الجامع الصغير وهو قوله محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يحمل الشيء في الطريق فيسقط منه ذلك الشيء فيعطب به إنسان فيموت قال الحامل ضامن يشملهما. والفرق بين العبارتين بين. وفي بعض الشروح جعل قوله وهذا اللفظ إشارة إلى قوله فعطب به إنسان لم يضمن، وهو بالنسبة إلى الرداء فاسد لأن موت الإنسان بسقوط الرداء عليه غير متصور، ولعل المصنف رحمه الله نظر إلى المعطوف مع قطع النظر عن المعطوف عليه. وقوله: **(فيخرج بالتقييد بما ذكرناه)** يعني بوصف السلامة. وقوله: **(ما لا يلبسه عادة)** يعني مثل اللبد والجوالق ودروع الحرب في غير موضع الحرب، وكذا إذا لبس زيادة على ما يحتاج إليه على رواية ابن

قوله: **(وهو بالنسبة إلى الرداء فاسد)** أقول: ولك أن تقول: قوله فسقط فعطب به إنسان: يعني أن هذا اللفظ يشمل الوجهين، بخلاف قوله فسقط على إنسان فعطب فمراده الفرق بين اللفظين نفسهما مع قطع النظر عن الغير، ولو سلم فالمراد بالرداء مطلق اللباس

منهم فيه قنديلاً أو جعل فيه بواري أو حصاة فعطب به رجل لم يضمن، وإن كان الذي فعل ذلك من غير العشيرة ضمن) قالوا: هذا عند أبي حنيفة، قالا: لا يضمن في الوجهين جميعاً، لأن هذه من القرب وكل أحد مأذون في إقامتها فلا يتقيد بشرط السلامة، كما إذا فعله بإذن واحد من أهل المسجد. ولأبي حنيفة وهو الفرق أن التدبير فيما يتعلق بالمسجد لأهله دون غيرهم كنصب الإمام واختيار المتولي وفتح بابه وإغلاقه وتكرار الجماعة إذا سبقهم بها غير أهله فكان فعلهم مباحاً مطلقاً غير مقيد بشرط السلامة وفعل غيرهم تعدياً أو مباحاً مقيداً بشرط السلامة، وقصد القربة لا ينافي الغرامة إذا أخطأ الطريق كما إذا تفرد بالشهادة على الزنا والطريق فيما نحن فيه الاستئذان من أهله. قال: **(وإن جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل لم يضمن إن كان في الصلاة، وإن كان في غير الصلاة ضمن)** وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: لا يضمن على كل حال، ولو كان جالساً لقراءة القرآن أو للتعليم أو للصلاة أو نام فيه في

إلى الرداء فاسد، لأن موت الإنسان بسقوط الرداء عليه غير متصور انتهى. أقول: رده مردود، إذ لا يخفى أنه يتصور أن يسقط الرداء على فم الصغير بل على فم الكبير أيضاً في حالة النوم بل في حالة اليقظة أيضاً فيختنق بذلك فيموت. نعم تحقق مثل هذه الصورة نادر، لكن إمكان وقوعه كاف في تعميم المسألة كما لا يخفى. ثم إن بعض الفضلاء قصد الجواب عن رد صاحب العناية بوجه آخر فقال: ولك أن تقول: قوله فسقط فعطب به إنسان: يعني أن هذا اللفظ يشمل الوجهين، بخلاف قوله فسقط على إنسان فعطب فمراده الفرق بين اللفظين نفسهما مع قطع النظر عن الغير، ولو سلم فالمراد بالرداء مطلق اللباس مجازاً لا خصوصه؛ ألا يرى إلى دليله إلى هنا لفظه. أقول: كل من مقدمات كلامه كاسد. أما قوله يعني أن هذا اللفظ يشمل الوجهين بخلاف قوله فسقط على إنسان فمراده الفرق بين اللفظين نفسهما مع قطع النظر عن الغير، فلأن الفرق بين اللفظين نفسهما بدون أن يكون له تأثير فيما نحن فيه من المسألة يكون خارجاً من الفقه بل يكون بمنزلة اللغو من الكلام ها هنا، ومثله لا يليق بمن له أدنى تمييز فضلاً عن المصنف الذي هو علم في التحقيق. وأما قوله ولو سلم فالمراد بالرداء مطلق اللباس مجازاً لا خصوصه، فلأن المجاز لا بد فيه من قرينة ولا قرينة فيما نحن فيه. وأما قوله ألا يرى إلى دليله فلأن عموم الدليل لا يقتضي عموم المسألة؛ ألا يرى أن كلية الكبرى شرط في انتاج الشكل الأول مع كون النتيجة خاصة قوله: **(وقالا: لا يضمن في الوجهين جميعاً)** أي فيما فعل ذلك أحد من العشيرة، وفيما إذا فعله أحد من غير العشيرة. قال صاحب معراج الدراية: قوله وقالا لا يضمن في الوجهين وهما إذن الإمام أو العشيرة أو عدم إذنهما، وتبعه الشارح العيني.

سماعة عن محمد رحمهما الله لعدم عموم البلوى به. وقوله: **(للعشيرة)** يعني أهل المسجد. **وقوله: (ضمن)** يعني إذا فعل ذلك بغير إذن أحد من العشيرة بدليل قوله من بعد كما إذا فعله بإذن واحد من أهل المسجد. وقوله: **(كنصب الإمام)** يعني إذا لم يكن الباني موجوداً، أما إذا كان فنصب الإمام إليه وهو مختار الإسكاف رحمه الله: قال أبو الليث رحمه الله: وبه نأخذ إلا أن ينصب شخصاً والقوم يريدون من هو أصلح منه، ويجوز أن يكون المصنف رحمه الله اختار قول ابن سلام إن القوم أولى بنصب الإمام والمؤذن، والباني أولى بالعمارة. وقوله: **(وتكرار الجماعة إذا سبقهم بها غير أهله)** فلهم تكرار الجماعة، بخلاف ما إذا سبقوا بها فإنه ليس لغيرهم أن يكرر الجماعة. وقوله: **(وقصد القربة لا ينافي الغرامة)** جواب عن قولهما لأن هذه من القرب. وقوله: **(كما إذا انفرد بالشهادة على الزنا)** فإنه قصد القربة لكن أخطأ الطريق، فإن شرطها أن يكون الشهود

مجازاً لا خصوصه ألا يرى إلى دليله والمنقول عن محمد فيشمل مثل الدرع، ولا يبعد موت الإنسان مثل الصغار بسقوطه عليه، ولا يبعد حمل قول الشارح ولعل المصنف نظر إلى المعطوف الخ على هذا فتأمل قال المصنف: **(وقالا: لا يضمن في الوجهين جميعاً)** أقول: قال الكاكي: وهما إذن الإمام أو العشيرة أو عدم إذنهما، وبه قال الشافعي في وجه مالك وأحمد. قال الحلواني: وأكثر مشايخنا أخذوا بقولهما في هذه المسألة، وعليه الفتوى، كذا في الذخيرة انتهى كلام الكاكي. وقوله وهما إذن الإمام الخ محل كلام قوله: **(بل كان قاعداً لغيرها)** أقول: قوله بل كان قاعداً لغيرها لا يطابق المشروح، فإن القعود لها محل الاختلاف أيضاً على تقرير المصنف، فالأولى القصر على قوله أو لم يكن فيها.

أثناء الصلاة أو في غير الصلاة أو مر فيه ماراً أو قعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف، وأما المعتكف فقد قيل على هذا الاختلاف، وقيل لا يضمن بالاتفاق. لهما أن المسجد إنما بني للصلاة والذكر ولا يمكنه أداء الصلاة بالجماعة إلا بانتظارها فكان الجلوس فيه مباحاً لأنه من ضرورات الصلاة، أو لأن المنتظر للصلاة في الصلاة حكماً

أقول: تفسير الوجهين هنا بما ذكره ذلك الشارحان لا يطابق المشروح كما لا يخفى على ذي مسكة قوله: **(ولو كان جالساً لقراءة القرآن أو للتعليم أو للصلاة أو نام في أثناء الصلاة أو في غير الصلاة أو مر فيه ماراً أو قعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف)** قال صاحب العناية في شرح هذا المحل: ولو كان جالساً لقراءة القرآن أو للتعليم: أي تعليم الفقه أو الحديث أو للصلاة: يعني منتظراً لها أو نام فيه في أثناء الصلاة أو في غير الصلاة أو مر فيه ماراً أو قعد فيه لحديث قال المصنف: فهو على هذا الاختلاف، وهو اختيار بعض أصحابنا، واختاره أبو بكر الرازي، وقال بعضهم، وهو اختيار أبي عبد الله الجرجاني: ليس فيها خلاف، بل لا ضمان فيه بالاتفاق انتهى. أقول: في تقريره خلل، فإن الاختلاف بين أصحابنا، واختيار أبي بكر الرازي قول بعضهم وأبي عبد الله الجرجاني قول البعض الآخر إنما هو فيما إذا قعد للعبادة بأن كان ينتظر الصلاة أو قعد للتدريس وتعليم الفقه أو الاعتكاف أو قعد يذكر الله أو يسبحه أو يقرأ القرآن فعثر به إنسان فمات، وأما فيما إذا قعد لحديث أو نام فيه أو أقام فيه لغير الصلاة أو مر فيه ماراً فعثر به إنسان فمات ففيه اختلاف بين أبي حنيفة وبين صاحبيه بلا خلاف لأحد من أصحابنا على ما بين. وفصل في الذخيرة والمحيط البرهاني وذكر في النهاية أيضاً نقلاً عن الذخيرة، ولا ريب أن ما ذكره المصنف هنا من الصور فقال: فهو على هذا الاختلاف يشمل القسمين فكيف يتم قول صاحب العناية على الإطلاق وهو اختيار بعض أصحابنا إلى آخر كلامه، ثم قال صاحب العناية: ولقائل أن يقول: في عبارة الكتاب تكرار، لأنه قال: وإن كان في غير الصلاة ضمن وغير الصلاة يشمل هذا المذكور كله. والجواب أن قوله وإن كان في غير الصلاة ضمن الجامع

أربعة ممن تسمع شهادته، فإذا انقضت انقلبت قذفاً واستوجب الحدّ. قال: **(وإن جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل الخ)** وإن جلس في المسجد رجل من العشيرة فعطب به رجل فإما إن كان في الصلاة أو لم يكن فيها، فإن كان في الصلاة فلا ضمان عليه سواء كانت الصلاة فرضاً أو نفلاً لأن النفل بالشروع يصير فرضاً، وإن لم يكن فيها بل كان قاعداً لغيرها ضمن عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا: لا يضمن على كل حال **(ولو كان جالساً لقراءة القرآن أو للتعليم)** أي لتعليم الفقه أو الحديث **(أو للصلاة)** يعني منتظراً لها **(أو نام في أثناء الصلاة أو في غير الصلاة أو مرّ فيه ماراً أو قعد فيه لحديث)** قال المصنف رحمه الله **(فهو على هذا الاختلاف)** وهو اختيار بعض أصحابنا، واختاره أبو بكر الرازي. وقال بعضهم وهو اختيار أبي عبد الله الجرجاني ليس فيه خلاف، بل لا ضمان فيه بالاتفاق. ولقائل أن يقول: في عبارة الكتاب تكرار، لأنه قال: وإن كان في غير الصلاة ضمن وغير الصلاة يشمل هذا المذكور كله. والجواب أن قوله وإن كان في غير الصلاة ضمن لفظ الجامع الصغير. وقوله ولو كان جالساً لقراءة القرآن من لفظ المصنف بيان ذلك لكن قوله فهو على هذا الاختلاف يفيد اتفاق المشايخ على ذلك، وليس كذلك بل هو على الاختلاف كما رأيت، وكان من حق الكلام أن يقول: فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل

قال المصنف: **(فهو على هذا الاختلاف وهو اختيار بعض أصحابنا واختاره أبو بكر الرازي. وقال بعضهم: وهو اختيار أبي عبد الله الجرجاني ليس فيها خلاف الخ)** أقول: نظم الكلام في سمط واحد وفي تفصيل، فإنه ذكر شمس الأئمة أن الصحيح من مذهب أبي حنيفة الجالس بانتظار الصلاة لا يضمن، وإنما الخلاف في عمل لا يكون له اختصاص بالمسجد كقراءة القرآن ودرس الفقه والحديث. وذكر الفقيه أبو جعفر في كشف الغوامض: سمعت أبا بكر يقول: إن جلس لقراءة القرآن أو معتكفاً لا يضمن بالإجماع. وذكر فخر الإسلام والصدر الشهيد أنه إن جلس للحديث يضمن بالإجماع. وذكر في الذخيرة أنه إذا قعد فيه لحديث؛ أو نام أو أقام فيه لغير الصلاة أو مر فيه ماراً ضمن عنده، وقال: لا يضمن وإن قعد للعبادة كانتظار الصلاة أو الاعتكاف أو قراءة القرآن أو للتدريس أو للذكر اختلف المتأخرون فيه على قوله؛ فقال بعضهم يضمن وإليه ذهب أبو بكر الرازي. وقال بعضهم لا يضمن وإليه ذهب أبو عبد الله الجرجاني، كذا في النهاية وغيره، ويعلم منه ما في كلام الشيخ الشارح حيث بين أن الاختلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه اتفاقي **(هذا المذكور كله)** أقول: فيه أنه لا يشمل المرور بل النوم فيها، فإن المستتر في كان ضمير الجلوس أو الرجل الجالس، إلا أن يقال: للأكثر حكم الكل.

بالحديث فلا يضمن كما إذا كان في الصلاة. وله أن المسجد إنما بني للصلاة، وهذه الأشياء ملحقة بها فلا بد من إظهار التفاوت فجعلنا الجلوس للأصل مباحاً مطلقاً والجلوس لما يلحق به مباحاً مقيداً بشرط السلامة ولا غرو أن يكون الفعل مباحاً أو مندوباً إليه وهو مقيد بشرط السلامة كالرمي إلى الكافر أو إلى الصيد والمشي في الطريق والمشي في المسجد إذا وطىء غيره والنوم فيه إذا انقلب على غيره **(وإن جلس رجل من غير العشيرة فيه للصلاة فتعقل به إنسان ينبغي أن لا يضمن)** لأن المسجد بني للصلاة وأمر الصلاة بالجماعة إن كان مفوّضاً إلى أهل المسجد فلكل واحد من المسلمين أن يصلي فيه وحده.

الصغير، وقوله ولو كان جالساً لقراءة القرآن من لفظ المصنف بيان لذلك انتهى. أقول: في كل واحد من سؤاله وجوابه سقامة، أما في الأول فلأن وضع المسألة فيما قال وإن كان في غير الصلاة إنما كان في الجلوس في المسجد فكيف يشمل قوله وإن كان في غير الصلاة ضمن هذا المذكور كله، ومنه ما ليس من جنس الجلوس كالنوم فيه في أثناء الصلاة أو في غير الصلاة والمرور فيه ماراً. أما في الثاني فلأن لفظ الجامعْ الصغير مختص بالجلوس في المسجد، ولفظ المصنف شامل للجلوس وغيره كما عرفت آنفاً فكيف يكون هذا بياناً لذاك. ثم قال: وقوله فهو على هذا الاختلاف يفيد اتفاق المشايخ على ذلك وليس كذلك، بل هو على الاختلاف كما رأيت. أقول: لا نسلم أنه يفيد اتفاق المشايخ على ذلك لجواز أن يكون مختار المصنف أيضاً ما اختاره أبو بكر الرازي، فبناء على ذلك لم يذكر القول الآخر، ومثل هذا ليس بعزيز في كلمات المشايخ. ثم قال. وكان من حق الكلام أن يقول: فقد قيل على هذا الاختلاف، وقيل لا يضمن بلا خلاف كما قال في الاعتكاف انتهى. أقول: لعل سرّ أن المصنف لم يقل هكذا هو أن ما ذكره من الصور مشتمل على ما ليس من جنس العبادة أيضاً، ولم يقل أحد بأنه لا يضمن في هذا القسم بلا خلاف كما بيناه فيما قبل، فلو قال المصنف مثل ما زعمه صاحب العناية حق الكلام لاختل كلامه كاختلال كلام ذلك الشارح في شرحه كما مرّ حيث يلزم أن يدرج في اختلاف المشايخ محل الوفاق أيضاً فقال: وهو على هذا الاختلاف بالبتات جرياً على اتفاقهم على وقوع الاختلاف فيما هو من غير جنس العبادة واختياراً لما اختاره أبو بكر الرازي فيما هو من جنس العبادة تأمل. فإن هذا معنى لطيف وتوجيه حسن قوله لهما: **(أن المسجد إنما بني للصلاة والذكر ولا يمكنه أداء الصلاة بالجماعة إلا بانتظارها فكان الجلوس مباحاً الخ)** أقول: هذا التعليل قاصر على إفادة مدّعاهما في بعض من المسائل المذكورة كالنوم في المسجد والمرور فيه والقعود فيه لحديث: فإن شيئاً منها ليس من الصلاة ولا من الذكر ولا من ضرورات الصلاة ولا من الانتظار للصلاة فلا يتم التقريب.

لا يضمن بلا خلاف كما قال في الاعتكاف. وقوله: **(لهما أن المسجد إنما بني للصلاة والذكر)** قال الله تعالى **﴿في بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه يسبح له بالغدو والآصال﴾** وقوله تعالى **﴿وأنتم عاكفون في المساجد﴾** وقوله: **(وله أن المسجد إنما بني للصلاة)** لأن المسجد موضع السجود؛ ألا يرى أن المسجد إذا ضاق على المصلي كان له إزعاج القاعد فيه المشتغل بالذكر والقراءة والتدريس لأنه يطلب موضوعه الأصلي دون العكس، وما عرف الناس المسجد إلا لأجل الصلاة فيه، ولا دلالة لما ذكرا من الآيتين على ما سوى الإذن والعكوف به وليس الكلام فيه، وكونها من ضرورات الصلاة مسلم لكن لا بعد من التفرقة بين الموضوع الأصلي وما ألحق به، والباقي واضح.

قال المصنف: **(لهما أن المسجد إنما بني للصلاة والذكر، ولا يمكنه أداء الصلاة بالجماعة إلا بانتظارها فكان الجلوس فيه مباحاً لأنه من ضرورات الصلاة)** أقول: لا يخفى عليك أخصية الدليل من المدعي إلا أن يلحق سائر المبيحات مثل المرور والقعود للحديث، لأن المناط هو الإباحة؛ ألا يرى إلى قوله فكان الجلوس مباحاً وفيه تأمل فإنهما حينئذٍ يحتاجان إلى الفرق بين هذا وبين سائر المباحات المقيدة بشرط السلامة وأما المذكور في الكتاب فهو إباحة معللة بكونه من ضرورات الصلاة فلا يحتاج إلى الفرق، لأن المناط ليس مطلق الإباحة، بل الإباحة المقيدة المعللة بما ذكر قوله: **(لأن المسجد موضع السجود)** أقول: هذا دليل لغوي قوله: **(ألا يرى)** أقول: هذا دليل شرعاً قوله: **(وما عرف الناس الخ)** أقول: هذا دليل عرفي.

فصل في الحائط المائل

قال: **(وإذا مال الحائط إلى طريق المسلمين فطولب صاحبه بنقضه وأشهد عليه فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط ضمن ما تلف به من نفس أو مال)** والقياس أن لا يضمن لأنه لا صنع منه مباشرة، ولا مباشرة شرط هو متعد فيه، لأن أصل البناء كان في ملكه، والميلان وشغل الهواء ليس من فعله فصار كما قبل الإشهاد. وجه الاستحسان أن الحائط لما مال إلى الطريق فقد اشتمل هواء طريق المسلمين بملكه ورفعه في يده، فإذا تقدم إليه وطولب بتفريغه يجب عليه فإذا امتنع صار متعدياً بمنزلة ما لو وقع ثوب إنسان في حجره يصير متعدياً بالامتناع عن التسليم إذا طولب به كذا هذا، بخلاف ما قبل الإشهاد لأنه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب، ولأنا لو لم نوجب عليه الضمان يمتنع عن التفريغ فينقطع المارة حذراً على أنفسهم فيتضررون به، ودافع الضرر العام من الواجب وله تعلق بالحائط فيتعين لدفع هذا الضرر، وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام منه، ثم فيما تلف به من النفوس تجب الدية وتتحملها العاقلة، لأنه في كونه جناية دون الخطأ فيستحق فيه التخفيف بالطريق الأولى كيلا يؤدي إلى استئصاله والاجحاف به، وما تلف به من الأموال كالدواب والعروض يجب ضمانها في ماله، لأن العواقل لا تعقل المال والشرط التقدم إليه وطلب النقض منه دون الإشهاد، وإنما ذكر الإشهاد ليتمكن من إثباته عند إنكاره فكان من باب الاحتياط. وصورة الاشهاد أن يقول الرجل: شهدوا أني قد تقدمت إلى هذا الرجل في هدم حائطه هذا، ولا

فصل في أحكام الحائط المائل

لما ذكر أحكام القتل الذي يتعلق بالإنسان مباشرة أو تسبباً شرع في بيان أحكام القتل الذي يتعلق بالجماد وهو الحائط. المائل، وكان من حقها أن تؤخر عن مسائل جميع الحيوانات تقديماً للحيوان على الجماد، إلا أن الحائط المائل لما ناسب الجرصن والروشن والجناح والكنيف[1] وغيرها ألحق مسائله بها ولهذا أتى بلفظ الفصل لا بلفظ الباب، كذا في النهاية وغيرها قوله: **(والأصل أنه يصح التقدم إلى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم إليه)** أقول: لقائل أن يقول: ينتقض هذا الأصل بما سيأتي في الكتاب من أنه يصح التقدم إلى أحد الورثة في نصيبه وإن كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده. ويمكن الجواب عنه بوجهين: أحدهما أنه يجوز أن يكون هذا الأصل على موجب القياس وما سيأتي في الكتاب جواب الاستحسان. ووجهه ما

فصل في الحائط المائل

لما كان الحائط المائل يناسب الجرصن والروشن والجناح والكنيف وغيرها ألحق مسائله بها في فصل على حدة. قال: **(وإذا مال حائط إلى طريق المسلمين الخ)** أخذ الشافعي رحمه الله في هذه المسألة بوجه القياس ولم يوجب الضمان، وعلماؤنا رحمهم الله استحسنوا أيجاب الضمان وهو مروى عن علي رضي الله عنه وشريح والنخعي والشعبي وغيرهم من التابعين رحمهم الله، والوجه من الجانبين مذكور في الكتاب. وقوله: **(وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام)** كالرامي إلى الكفار وإن تترسوا بالمسلمين وقطع العضو للأكلة عند خوف هلاك النفس. وقوله: **(وتتحملها العاقلة)** قال محمد رحمه الله: إن العاقلة لا تتحمل حتى يشهد الشهود على ثلاثة أشياء: على التقدم إليه في النقد، وعلى أنه مات من سقوطه عليه، وعلى أن الدار له، لأن كون الدار في يده ظاهر والظاهر لا يستحق به حق على الغير. وقوله: **(والشرط التقدم إليه)** وهو أن يقول صاحب الحق لصاحب الحائط إن حائطك هذا مخوف أو يقول مائل فانقضه أو اهدمه حتى لا يسقط ولا يتلف شيئاً. ولو قال ينبغي أن تهدمه فذاك مشورة، ويشترط أن يكون التقدم من صاحب حق كواحد من العامة مسلماً كان أو ذمياً أو صبياً أو امرأة

فصل في الحائط المائل

قوله: **(مسلماً كان أو ذمياً أو صبياً)** أقول: أي مأذوناً أو عبداً كذلك.

---

(١) الكنيف: المُستراح اهـ مغرب.

وفي المصباح: هو الحظيرة، والساتر أيضاً، وقيل للمرحاض كنيفاً لأنه يستر صاحبه.

يصح الإشهاد قبل أن يهي الحائط لانعدام التعدي. قال: **(ولو بني الحائط مائلاً في الابتداء قالوا يضمن ما تلف بسقوطه من غير إشهاد)** لأن البناء تعد ابتداءً كما في إشراع الجناح. قال: **(وتقبل شهادة رجلين أو رجل وامرأتين على التقدم)** لأن هذه ليست بشهادة على القتل. وشرط الترك في مدة يقدر على نقضه فيها لأنه لا بد من إمكان النقض ليصير بتركه جانياً. ويستوي أن يطالبه بنقضه مسلم أو ذمي. لأن الناس كلهم شركاء في المرور فيصح التقدم إليه من كل واحد منهم رجلاً كان أو امرأة حراً كان أو مكاتباً. ويصح التقدم إليه عند السلطان وغيره لأنه مطالبة بالتفريغ فيتفرد كل صاحب حق به. قال: **(وإن مال إلى دار رجل فالمطالبة إلى مالك الدار خاصة)** لأن الحق له على الخصوص، وإن كان فيها سكان لهم أن يطالبوه لأن لهم المطالبة بإزالة ما شغل الدار فكذا بإزالة ما شغل هواءها، ولو أجله صاحب الدار أو أبرأه منها أو فعل ذلك ساكنوها فذلك جائز، ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط لأن الحق لهم، بخلاف ما إذا مال إلى الطريق فأجله القاضي أو من أشهد عليه حيث لا يصح، لأن الحق لجماعة المسلمين وليس إليهما إبطال حقهم، ولو باع الدار بعد ما أشهد عليه وقبضها المشتري برىء من ضمانه لأن الجناية بترك الهدم مع تمكنه وقد زال تمكنه بالبيع، بخلاف إشراع الجناح لأنه كان جانياً بالوضع ولم ينفسخ بالبيع فلا يبرأ على ما ذكرنا، ولا ضمان على المشتري لأنه لم يشهد عليه، ولو أشهد عليه بعد شرائه فهو ضامن لتركه التفريغ مع تمكنه بعد ما طولب به، والأصل أنه يصح التقدم إلى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء، ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم إليه كالمرتهن والمستأجر والمودع وساكن الدار، ويصح التقدم إلى الراهن لقدرته على ذلك بواسطة الفكاك وإلى الوصي وإلى أبي اليتيم وأمه في حائط الصبي لقيام الولاية، وذكر الأم في الزيادات والضمان في مال اليتيم لأن فعل هؤلاء كفعله، وإلى المكاتب لأن الولاية له، وإلى العبد التاجر سواء كان عليه دين أو لم يكن لأن

ذكر هناك. وأما جواب القياس فيه فهو أن لا يضمن أحد من الورثة شيئاً، أما الذي تقدم إليه فلعدم تمكنه من النقض، وأما غيره من الورثة فلعدم التقدم إليهم، وقد صرح بذلك في المبسوط، وذكر في الشروح أيضاً فيما سيجيء. وثانيهما أنه يجوز أن يكون المراد هنا بمن يتمكن من نقض الحائط من يتمكن منه وحده أو مع مشاركة غيره، وبمن لا يتمكن منه من لا يتمكن منه أصلاً، وأحد الورثة في المسألة الآتية وإن لم يتمكن من نقض الحائط وحده إلا أنه يتمكن منه مع مشاركة سائر الورثة فلا انتقاض قوله: **(والضمان في مال اليتيم)** أقول: وفي هذا الإطلاق نوع قصور، لأن ما تلف بالحائط المائل إن كان من النفوس يجب الدية على عاقلة صاحب الحائط لا في

إن مال إلى طريقهم وواحد من أصحاب السكة الخاصة إن مال إليها وصاحب الدار أو سكانها إن مال إليها، وأن يكون إلى من له ولاية التفريغ حتى لو تقدم إلى من يسكن الدار بإجارة أو إعارة فلم ينقض حتى سقط على إنسان فلا ضمان على أحد. وقوله: (والشرط هو التقدم دون الإشهاد حتى لو اعترف صاحبه أنه طولب بنقضه وجب عليه الضمان وإن لم يشهد عليه. وقوله: **(لأن فعل هؤلاء كفعله)** أي فعل الوصي والأب والأم كفعل الصبي، والتقدم إليهم كالتقدم على الصبي بعد بلوغه. فإن قيل: لو كان كذلك لما هدر القتيل بسقوط الحائط إذا بلغ الصبي بعد التقدم إلى الأب والوصي. أجيب بأن التقدم إليهما جعل كالتقدم إلى الصغيرة ما دامت ولايتهما باقية وقد زالت بالبلوغ فصار كأن التقدم لم يوجد في حق الصغير، ثم إنهما في ترك الهدم يعملان للصبي وينظران له فكان الضمان في ماله. فإن قيل: الوصي إذا ترك النقض بعد التقدم إليه ألحق ضرراً بمال اليتيم فكان الواجب أن يكون الضمان عليه. أجيب بأن في ترك النقض دفع مضرة متحققة ووهي مضرة مؤنة النقض وبنائه ثانياً، وفي نقضه دفع مضرة موهوبة لجواز أن لا يسقط وإن سقط لا يهلك به شيء فكان تركه أنظر للصبي فلا يلزم الوصي ضمان. وقوله: **(في عنق العبد)** يعني يباع فيه كما يباع في ديون تجارته، وكان القياس أن يكون ذلك على المولى كضمان النفس، ولكنا استحسنا الفرق بينهما فقلنا: العبد في ضمان التزام المال كالحرّ فإنه ينفك الحجر عنه في اكتساب سبب

قال المصنف: **(ولا ضمان على المشتري لأنه لم يشهد عليه)** أقول: الأظهر أن يقال: لأنه لم يتقدم إليه:

ولاية النقض له، ثم التلف بالسقوط إن كان مالاً فهو في عتق العبد، وإن كان نفساً فهو على عاقلة المولى لأن الإشهاد من وجه على المولى وضمان المال أليق بالعبد وضمان النفس بالمولى، ويصح التقدم إلى أحد الورثة في نصيبه وإن كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده لتمكنه من إصلاح نصيبه بطريقه وهو المرافعة إلى القاضي **(ولو سقط الحائط المائل على إنسان بعد الإشهاد فقتله فتعثر بالقتيل غيره فعطب لا يضمنه)** لأن التفريغ عنه إلى الأولياء لا إليه **(وإن عطب بالنقض ضمنه)** لأن التفريغ إليه إذ النقض ملكه والإشهاد على الحائط إشهاد على النقض لأن المقصود امتناع الشغل **(ولو عطب بجرّة كانت على الحائط فسقطت بسقوطه وهي ملكه ضمنه)** لأن التفريغ إليه **(وإن كان ملك غيره لا يضمنه)** لأن التفريغ إلى مالكها قال: **(وإن كان الحائط بين خمسة رجال أشهد على أحدهم فقتل**

ماله، وإن كان من الأموال كالدّوابّ والعروض يجب ضمانها في ماله، وقد مرّ هذا كله في الكتاب، فيكون الضمان في مال اليتيم إنما يتصور في تلف الأموال لا في تلف النفوس فما معنى الحكم هنا بكون الضمان في مال اليتيم على الإطلاق قوله: **(لهما أن التلف بنصيب من أشهد عليه معتبر وبنصيب من لم يشهد عليه هدر فكانا قسمين**

ذلك، وفي التزام ضمان الجناية على النفس كالمحجور عليه لأن فك الحجر بالاذن لم يتناول ذلك فكان الضمان على عاقلة المولى. وقوله: **(لأن الإشهاد على المولى من وجه)** أما إذا لم يكن على العبد دين فظاهر لأن الملك في الدار للمولى رقبة وتصرفاً والعبد خصم من جهته؛ ألا ترى أنه لو ادعى إنسان حقاً في دار بيد مأذون له ينتصب خصماً فكان الإشهاد عليه إشهاداً على المولى من وجه. وأما إذا كان عليه دين فعندهما ظاهر، وعند أبي حنيفة رحمه الله للمولى أن يستخلصه بقضاء الدين فكان هذا تقدماً إلى المولى من وجه وتقدماً إلى العبد من وجه، فاعتبر في ضمان الأنفس تقدماً إلى المولى لما ذكرنا أن فك الحجر بالإذن لم يتناول ذلك، وفي ضمان الأموال تقدما إلى العبد لأنه كالحرّ فيه كما مر، وقوله: **(ويصح التقدم إلى أحد الورثة في نصيبه)** يعني لو هلك أحد بسقوطه بعد ذلك ضمن ذلك الواحد بقدر نصيبه فيه، وهذا جواب الاستحسان، ووجه ما ذكر في الكتاب. وأما جواب القياس فهو أن لا يضمن أحد منهم شيئاً، أما الذي تقدم إليه فلعدم تمكنه من النقض فلم يكن التقدم إليه مفيداً، وأما غيره من الورثة فلعدم التقدم إليهم فلم يوجد التعدي من واحد منهم في ترك التفريغ. والجواب أن الإشهاد على جماعتهم يتعذر عادة، فلو لم يصح الإشهاد على بعضهم في نصيبه أدّى إلى الضرر وهو مدفوع. وقوله: **(فعطب لا يضمنه)**أي لا يضمن صاحب الحائط القتيل الثاني **(لأن التفريغ عنه)** أي القتيل الأول برفعه مفوّض إلى أوليائه لأنهم الذين يتولون دفنه، وطولب بالفرق بينهما وبين ما إذا وقع الجناح في الطريق فتعثر إنسان بنقضه ومات ثم تعثر رجل بالقتيل ومات فإن دية القتيلين جميعاً على صاحب الجناح. وأجيب بأن إشراع الجناح في نفسه جناية وهو فعله فصار كأنه ألقاه بيده عليه فكان حصول القتيل في الطريق مضافاً إلى فعله كحصول نقض الجناح في الطريق ومن ألقى شيئاً في الطريق كان ضامناً لما عطب به وإن لم يملك تفريغ الطريق عنه بخلاف مسألة الحائط فإن نفس البناء ليس بجناية وبعد ذلك لم يوجد منه فعل يصير به جانياً لكن جعل كالفاعل بترك النقض في الطريق مع القدرة على التفريغ والترك مع القدرة وجد في حق النقض لا في حق القتيل فلذلك جعل فاعلاً في حق القتيل الأول لا في حق القتيل الثاني وبهذا يعلم حكم ما عطب بالنقض وقد ذكره في الكتاب واضحاً. وقوله: **(فسقطت)** يعني الجرة بسقوط الحائط، يشير إلى أنه لو وقعت الجرة وحدها فأصابت إنساناً فلا ضمان عليه لأنه وضعها على ملكه وهو لا يكون متعدياً فيما يحدثه في ملكه سواء كان الحائط مائلاً أو غير مائل، كذا في المبسوط. وقوله: **(فعليه)** أي فعلى كل واحد من حافر البئر وباني الحائط. **وقوله: (وله)** أي لأبي حنيفة رضي الله عنه أن الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر: يعني في الحائط، والعمل المقدر: يعني في البئر **(لأن أصل ذلك)** أي أصل الثقل والعمق كما في قوله تعالى ﴿عوان بين ذلك﴾ **(وهو القليل)** أي ذلك الأصل: يعني أن الجزء اليسير ليس

قوله: **(فكان تركه أنظر للصبي فلا يلزم الوصي ضمان)** أقول: فإن قيل: ينبغي أن لا يقدر الوصي على النقض لأن علمه أنظر. قلنا: المراد هو الأنظرية من وجه قوله: **(فلو لم يصح الإشهاد على بعضهم في نصيبه الخ)** أقول: هو يتمكن من إصلاح نصيبه بطريقه فيكون التقدم إليه مفيداً كما ذكره المصنف.

إنساناً ضمن خمس الدية ويكون ذلك على عاقلته، وإن كانت دار بين ثلاثة نفر فحفر أحدهم فيها بئراً والحفر كان بغير رضا الشريكين الآخرين أو بنى حائطاً فعطب به إنسان فعليه ثلثا الدية على عاقلته، وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين) لهما أن التلف بنصيب من أشهد عليه معتبر، وبنصيب من لم يشهد عليه هدر، فكانا قسمين فانقسم نصفين كما مر في عقر الأسد ونهش الحية وجرح الرجل. وله أن الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر والعمق المقدر، لأن أصل ذلك ليس بعلة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علة فتجتمع العلل، وإذا كان كذلك يضاف إلى العلة الواحدة ثم تقسم على أربابها بقدر الملك، بخلاف الجراحات فإن كل جراحة علة للتلف بنفسها صغرت أو كبرت على ما عرف، إلا أن عند المزاحمة أضيف إلى الكل لعدم الأولوية، والله أعلم.

فانقسم نصفين كما في عقر الأسد ونهش الحية وجرح الرجل) أقول: كان مدعاهما عاماً للفصلين أي فصل حائط بين خمسة وفصل دار بين ثلاثة كما أفصح عنه المصنف بقوله وقالا عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين، والدليل الذي ذكره من قبلهما خاص للفصل الأول فكان قاصراً في الظاهر عن إفادة تمام المدعي، وعن هذا قال صاحب الكافي بعد ذكر ما ذكره المصنف من قبلهما، وفي مسألة البئر تلف النفس بالحفر في ملكه وفي ملك غيره فانقسم نصفين اهـ. والجواب من جانب المصنف هنا هو أن الدليل الذي ذكره من قبلهما وإن كان يخص الفصل الأول بعبارته إلا أنه يعم الفصل الثاني أيضاً بدلالته كما لا يخفى على ذي فطانة، فاكتفى بذلك، ولو لم يكن مدار الكلام هنا على الاكتفاء بانفهام تمام المراد لكان ما زاده صاحب الكافي أيضا قاصراً عن إفادة تمام المدعي هنا، لأن الفصل الثاني ليس مسألة البئر وحدها. بل هو مسألة حفر البئر وبناء الحائط جميعاً، وقد تعرض صاحب الكافي في التعليل لحفر البئر دون بناء الحائط كما ترى.

بمهلك **(حتى يعتبر كل جزء علة فتجتمع العلل، وإذا كان كذلك يضاف إلى العلة الواحدة ثم تقسم على أربابها بقدر الملك)** ألا ترى أنه لو أشهد عليهم جميعاً ثم سقط على إنسان كان على كل واحد منهم خمس الدية فيترك الإشهاد في حق الباقين لا يزداد الواجب على من أشهد عليه، وعلى هذا تخرج مسألة البئر فيقال لهما اجتمع في حقه معنيان. أحدهما موجب للضمان وهو التعدي بالحفر في ملك غيره، والآخر مانع عنه وهو عدم التعدي من حيث الحفر في ملكه فيجعل المعتبر جنساً والمهدر جنساً فيلزمه نصف الضمان. ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن صفة التعدي تحققت في الثلثين فيجب عليه ضمان الثلثين. وقوله: **(بخلاف الجراحات)** جواب عن قولهما كما مر في عقر الأسد ونهش الحية وجرح الرجل. وقوله: **(إلا أن عند المزاحمة أضيف إلى الكل لعدم الأولوية)** يضاف إليه وإذا أضيف إلى الكل وبعضها معتبر في إضافة الضمان إليه وبعضها غير معتبر فجعل غير المعتبر شيئاً واحداً وإن تعدد فلذلك صار الضمان نصفين فاعتبر أحدهما وأهدر الآخر، والله تعالى أعلم.

قوله: **(أي فعل كل واحد منهما من حافر البئر وباني الحائط)** أقول: والأولى أن يقول: على ذلك الأحد إذ مرجع الضمير هو لفظ أحدهم.

باب جناية البهيمة والجناية عليها

قال: **(الراكب ضامن لما أوطأت الدابة ما أصابت بيدها أو رجلها أو رأسها أو كدمت أو خبطت، وكذا إذا صدمت ولا يضمن ما نفحت برجلها أو ذنبها)** والأصل أن المرور في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لأنه

باب جناية البهيمة والجناية عليها

لما فرغ من بيان أحكام جناية الإنسان شرع في بيان أحكام جناية البهيمة، ولا شك في تقدم الإنسان على البهيمة رتبة، فكذا ذكرا، كذا ذكر في النهاية ومعراج الدراية. أقول: يرد عليه أنه لم يفرغ من بيان أحكام جناية الإنسان مطلقا بل بقي منها أحكام جناية المملوك، ولا شك أن المملوك من الإنسان أيضا مقدم على البهيمة رتبة فكان ينبغي أن يقدم عليها أيضا ذكراً، فلم يكن القدر المذكور من التوجيه كافياً في إفادة حق المقام. وقال في غاية البيان، وكان من حق هذا الباب أن يذكر بعد باب جناية المملوك لفضيلة النطق في المملوك، ولكن لما كانت البهيمة ملحقة بالجمادات من حيث عدم العقل والنطق ألحق هذا الباب بباب ما يحدثه الرجل في الطريق من الجرصن ونحو ذلك اهـ. أقول: يرد عليه أيضاً لو كان هذا الباب ملحقاً بباب ما يحدثه الرجل في الطريق من الحيثية المذكورة لما ذكرت مسائل هذا الباب في باب مستقل بل كان حقها أن تذكر في فصل كما قالوا في فصل الحائط المائل تدبر قوله: **(ولا يضمن ما نفحت برجلها أو ذنبها)** قال الشراح قاطبة: يقال نفحت الدابة شيئاً إذا ضربته بحدّ حافرها. وقال صاحب النهاية بعد ذلك: كذا في الصحاح والمغرب، واقتفى أثره صاحبا الكفاية ومعراج الدراية.

باب جناية البهيمة والجناية عليها

ذكر جناية البهيمة والجناية عليها عقيب جناية الإنسان والجناية عليه في باب على حدة مما لا يحتاج إلى بيان. وقوله: **(لما أوطأت الدابة)** الصحيح: لما وطئت الدابة. وقيل يجوز أن يكون مفعولا الإيطاء محذوفين، وتقديره: أوطأت الدابة يدها أو رجلها إنساناً فيكون من باب فلان يعطي. وقوله: **(ما أصابت)** بدل من قوله لما أوطأت الدابة، والكرم: العض بمقدم الأسنان. والخبط: الضرب باليد. والصدم: هو أن تضرب الشيء بجسدك، ومنه اصطدام الفارسان إذا ضرب أحدهما الآخر بنفسه ويقال نفحت الدابة الشيء إذا ضربته بحدّ حافرها. واعلم أن جناية الدابة لا تخلو من أوجه ثلاثة: لأنها إما أن تكون في ملك صاحبها، أو في ملك غيره، أو في طريق المسلمين، فإن كانت في ملك صاحبها ملكاً كاملاً أو مشتركاً متساوياً أو متفاضلاً؛ فإما أن يكون صاحبها معها أو لا يكون، فإن كان الثاني لم يضمن صاحبها واقفة كانت الدابة أو سائرة وطئت بيدها أو برجلها أو نفحت أو كدمت، وإن كان الأول فإما أن يكون سائقاً لها أو قائداً، وإما أن يكون راكباً عليها أو لا، فإن كان الأول لم يضمن صاحبها في الوجوه كلها أتلفت نفساً أو مالاً، لأن صاحبها في هذه الوجوه متسبب لاتصال أثر فعله بالمتلف بواسطة فعل مختار وهو الدابة، والمتسبب إنما يضمن إذا كان متعدياً، ولا تعدي في إيقاف الدابة أو تسييرها في ملكه. وإن كان الثاني وهو يسير فإن وطئت بيدها أو برجلها ضمن، وإن كدمت أو نفحت بيدها أو برجلها أو ضربت بذنبها فلا ضمان لأن في الوجه الأول صاحب الدابة مباشر للإتلاف لأن ثقله وثقل الدابة اتصلا بالمتلف فكأنهما وطئاً جميعاً، والمباشر ضامن متعدياً كان أو لم يكن، وفي الثاني متسبب غير متعدّ وإن كانت الجناية في ملك غير صاحبها، فإما أن أدخلها صاحبها فيه أو لا، فإن كان الثاني فلا ضمان عليه على كل حال لأنه ليس بمتسبب ولا مباشر، وإن كان الأول فعليه الضمان على كل حال

باب جناية البهيمة والجناية عليها

قوله: **(ذكر جناية البهيمة والجناية عليه الخ)** أقول: فإن قيل: ما ذكر في هذا الباب جناية إنسان ولذلك يجب الضمان من ماله أو على عاقلته. قلنا لما أودع الله سبحانه وتعالى في البهائم إرادة وإدراكاً صح إضافة الجناية إليها، ولزوم الضمان على غيرها لا ينافي تلك الإضافة كما في الجاني والعاقلة قوله: **(وقيل يجوز أن يكون مفعولا الإيطاء محذوفين)** أقول القائل هو الإتقاني قوله: **(وإن كانت في طريق المسلمين وقد أوقفها صاحبها فعليه ضمان ما أتلفت في الوجوه كلها)** أقول: هذا إذا أوقفها لغير البول والروث.

يصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركاً بين كل الناس فقلنا بالإباحة مقيداً بما ذكرنا ليعتدل النظر من الجانبين، ثم إنما يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه ولا يتقيد بها فيما لا يمكن التحرز عنه لما فيه من المنع عن التصرف وسد بابه وهو مفتوح، والاحتراز عن الإيطاء وما يضاهيه ممكن، فإنه ليس من ضرورات التيسير فقيدناه بشرط السلامة عنه، والنفحة بالرجل والذنب ليس يمكنه الاحتراز عنه مع السير على الدابة فلم يتقيد به **(فإن أوقفهما في الطريق ضمن النفحة أيضاً)** لأنه يمكنه التحرز عن الإيقاف وإن لم يمكنه عن النفحة فصار متعدياً في الإيقاف وشغل الطريق به فيضمنه. قال: **(وإن أصابت بيدها أو برجلها حصاة أو نواة أو أثارت غباراً أو حجراً صغيراً ففقأ عين إنسان أو أفسد ثوبه لم يضمن، وإن كان حجراً كبيراً ضمن)** لأنه في الوجه الأول لا يمكن التحرز عنه، إذ سير الدواب لا يعرى عنه، وفي الثاني ممكن لأنه ينفك عن السير عادة، وإنما ذلك بتعنيف الراكب

أقول: كون المذكور في المغرب كذلك مسلم فإنه قال فيه: نفحته الدابة ضربته بحدّ حافرها. وأما كون المذكور في الصحاح كذلك فممنوع، إذ لم يعتبر فيه كون الضرب بحدّ الحافر بل قال فيه: ونفحت الناقة ضربت برجلها. ثم أقول: بقي إشكال في عبارة الكتاب وهو أن الذي يظهر مما ذكر في كتب اللغة ومما ذكره الشراح هنا أن لا تكون النفحة إلا بالرجل فيلزم أن لا يصح قوله أو ذنبها في قوله ولا يضمن ما نفحت برجلها أو ذنبها لأن يقتضي أن تكون النفحة بالذنب أيضاً بل يلزم أيضاً استدراك قوله برجلها لأن الضرب بالرجل كان داخلاً في مفهوم النفحة. لا يقال: ذكر الرجل محمول على التأكيد وذكر الذنب على التجريد. لأنا نقول: اعتبار التأكيد والتجريد معاً بالنظر إلى كلمة واحدة في موضع واحد متعذر للتنافي بينهما كما لا يخفى على الفطن، بل التأويل الصحيح أن تحمل النفحة المذكورة في الكتاب على مطلق الضرب بطريق عموم المجاز، فيصح ذكر الرجل والذنب كليهما بلا إشكال تأمل قوله: **(والسائق ضامن لما أصابت بيدها أو رجلها والقائد ضامن لما أصابت بيدها دون رجلها)** هذا لفظ القدوري في مختصره. قال المصنف: والمراد النفحة. وقال صاحب النهاية في شرحه: أي من قوله لما أصابت بيدها أو رجلها؛ وقال: إنما فسر بهذا لأنه كان يجوز أن يراد بقوله لما أصابت بيدها أو رجلها الوطء، وقد ذكرت أنه يضمن فيه السائق والقائد من غير خلاف أحد، وإنما الاختلاف في النفحة، ولم يفسر بهذا لكان للمؤول أن يؤوّل ذلك بالوطء ويثبت الاختلاف فيه وليست الرواية كذلك ا هـ. واقتفى أثره كثير من الشراح منهم صاحب العناية. أقول: فيه خلل:

سواء كان معها سائقها أو قائدها أو لا واقفة أو سائرة، لأن صاحبها إما مباشر أو متسبب متعدّ، إذ ليس له إيقاف الدابة وتسييرها في ملك الغير بغير إذنه، وإن كانت في طريق المسلمين وقد أوقفها صاحبها فعليه ضمان ما تلف في الوجوه كلها لأنه بالإيقاف متسبب متعدّ، إذ ليس له شغل طريق المسلمين بإيقاف الدابة فيه، وإن كانت سائرة، فإما أن يكون صاحبها معها أو لم يكن، فإن لم يكن فأما إن سارت بإرساله أو انفلتت فإن كان الأول ضمن ما أتلفت ما لم تتحول عن جهة الإرسالة يمنة أو يسرة لأن إرسالها بلا حافظ سبب للإتلاف وهو فيه متعد، وإن كان الثاني فلا ضمان عليه في الوجوه كلها، وإن كان صاحبها معها ضمن ما أتلفت راكباً كان أو سائقاً أو قائداً إلا النفحة بالرجل أو الذنب لأنه مباشر أو متسبب متعد. والغرض من هذا الإسهاب بيان قول المصنف رحمه الله: الراكب ضامن لما أوطأت الدابة، إلى قوله: وكذا إذا صدمت أنه محمول على ما إذا لم يكن الراكب في ملكه، لأن هذا الجواب إن استقام في قوله ما أصابت بيدها أو برجلها لا يستقيم في قوله أو كدمت أو خبطت أو صدمت فيما إذا كان في ملكه على ما مر آنفاً، وذكر الأصل الذي ينبني عليه هذه الفروع فقال: **(والأصل أو المرور في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لأنه يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركاً بين كل الناس)** أما أنه يتصرف في حقه فلأن الإنسان لا بد له من طريق يمشي فيه لترتيب مهماته، فالحجر عن ذلك حرج وهو مدفوع. وأما أنه يتصرف في حق غيره فلأن غيره فيه كهو في الاحتياج، فالنظر إلى حقه يستدعي الإباحة مطلقاً، وبالنظر

قوله: **(وكذا إذا صدمت أنه محمول على ما إذا لم يكن الراكب في ملكه)** أقول: يعمل كونه محمولاً على ما إذا كان الراكب في الطريق مما ذكره المصنف في معرض التعليل.

والمرتدف فيما ذكرنا كالراكب لأن المعنى لا يختلف. قال: **(فإن رأثت أو بالت في الطريق وهي تسير فعطب به إنسان لم يضمن)** لأنه من ضرورات السير فلا يمكنه الاحتراز عنه **(وكذا إذا أوقفها لذلك)** لأن من الدوابّ ما لا يفعل ذلك إلا بالإيقاف، وإن أوقفها لغير ذلك فعطب إنسان بروثها أو بولها ضمن لأنه متعدّ في هذا الإيقاف لأنه ليس من ضرورات السير، ثم هو أكثر ضرر بالمارّة من السير لما أنه أدوم منه فلا يلحق به **(والسائق ضامن لما أصابت بيدها أو رجلها والقائد ضامن لما أصابت بيدها دون رجلها)** والمراد النفحة. قال رضي الله عنه: هكذا ذكره القدوري في مختصره، وإليه مال بعض المشايخ. ووجهه أن النفحة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه. وقال أكثر المشايخ: إن السائق لا يضمن النفحة أيضاً وإن كان يراها، إذ ليس

أما أوّلاً فلأن الظاهر من قولهم: أي من قوله لما أصابت بيدها أو رجلها أن يكون المراد بالإصابة بيدها وبالإصابة برجلها كليهما هو النفحة، وليس كذلك إذ لا يطلق على الإصابة باليد النفحة وإنما يطلق عليها الخط إذا ضربت باليد، ولو سلم إطلاق النفحة عليها أيضاً بطريق التجوّز فلا يجدي هنا، إذ لا فرق بين الوطء باليد والخبط الذي هو الضرب باليد، ولو سلم إطلاق النفحة عليها أيضا بطريق التجوّز فلا يجدي هنا، إذ لا فرق بين الوطء باليد والخبط هو الضرب باليد في وجوب الضمان بهما على السائق والقائد بلا خلاف أحد، فلا معنى لأن يكون المراد أحدهما دون الآخر. وأما ثانياً فلأن القدوري لم يذكر الخلاف في مسألة السائق أصلاً حتى يلزم من توهم أن يكون المراد بقوله لما أصابت بيدها أو رجلها هو الوطء إثبات الاختلاف في الوطء، وإنما الذي بين الخلاف في هاتيك المسألة هنا هو المصنف وذا فرع تفسيره مراد القدوري بالنفحة لا منشأ هذا التفسير كما يوهمه كلامهم. ثم أقول: الحق عندي أن معنى قول المصنف والمراد النفحة هو أن مراد القدوري بقوله أو برجلها في مسألة السائق وبقوله دون رجلها في مسألة القائد هو النفحة، وأنه إنما فسر بذلك ليتم قوله في مسألة القائد دون رجلها، إذ لو كان المراد الوطء لم يتم ذلك فإن وطء الدابة برجلها يوجب الضمان على القائد أيضاً فلا خلاف أحد قوله: **(ووجهه أن النفحة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه)** أقول: لقائل أن يقول: إن يد الدابة أيضاً غائب عن بصر القائد إذ القود لا يتيسر إلا بالنظر والالتفات إلى القدام فيغيب ما في الخلف عن البصر فلا يمكنه التحرز عما أصابته بيدها أيضا فينبغي أن لا يضمن ذلك أيضاً فليتأمل في الدفع قوله: **(وقال أكثر المشايخ: إن السائق لا يضمن النفحة أيضاً وإن كان يراها، إذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز عنه)** أقول: ولقائل أن يقول: ليس على يدها أيضاً ما يمنعها به كما كان في فمها

إلى حق غيره يستدعي الحجر مطلقاً، فقلنا بإباحة مقيدة بشرط السلام عملاً بالوجهين وبقية كلام واضحة وقوله: **(والمرتدف فيما ذكرنا)** يعني في موجب الجناية **(كالراكب لأن المعنى)** أي المعنى الموجب وهو المباشر والتصرف في الدابة بالتسيير على ما أراد **(لا يختلف)** لأنهما في أيديهم وتحت تصرفهم. وقوله: **(ثم هو)** يعني الإيقاف **(أكثر ضرراً بالمارة)** جواب عما يقال: سلمنا أن الإيقاف ليس من ضرورات السير لكنه مثله في كونه تصرفاً في الدابة فليلتحق به، ووجهه أنه أضر منه **(لما أنه)** أي الإيقاف **(أدوم من السير فلا يلحق به)** وقوله: **(والسائق ضامن)** لما فرغ من بيان أحكام الراكب بين أحكام السائق والقائد. وقوله: **(والمراد النفحة)** أي من قوله لما أصابت بيدها أو رجلها، وإنما فسر بذلك لئلا يتوهم أن المراد به الوطء فإنه يوجب الضمان على السائق والقائد بلا خلاف لأحد فيه. وقوله: **(وإليه مال بعض المشايخ رحمهم الله)** يعني العراقيين. وقوله: **(فيمكنه الاحتراز عنه)** يعني بإبعاد الدابة عن المتلف أو بإبعاده عنها. وقوله: **(وقال أكثر المشايخ رحمهم الله)** يريد مشايخ ما وراء النهر.

قوله: **(وقوله لما ذكرناه)** يعني قوله فلا يمكنه التحرز. أقول: وقوله أيضاً فلا يستفيد فيما لا يمكنه الاحتراز عنه لما فيه من المنع من التصرف وسد بابه حتى يتم جواباً. وحجة الشافعي في الراكب والقائد والسائق قوله: **(ومع ذلك لا يخلو عن ضعف)** أقول: فإنه إذا

على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز عنه، بخلاف الكدم لإمكانه كبحها بلجامها. وبهذا ينطق أكثر النسخ وهو الأصح. وقال الشافعي: يضمنون النفحة كلهم لأن فعلها مضاف إليهم، والحجة عليه ما ذكرناه، وقوله عليه الصلاة والسلام «الرجل جبار» ومعناه النفحة بالرجل، وانتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكره وهذا تحويف بالضرب. قال: **(وفي الجامع الصغير وكل شيء ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد)** لأنهما مسببان بمباشرتهما شرط التلف وهو تقريب الدابة إلى مكان الجناية فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كالراكب **(إلا أن على الراكب الكفارة)** فيما أوطأته الدابة بيدها أو برجلها **(ولا كفارة عليهما)** ولا على الراكب فيما وراء الإبطاء، لأن الراكب مباشر فيه لأنه التلف بثقله وثقل الدابة تبع له، لأن سير الدابة مضاف إليه وهو آلة له وهما مسببان لأنه لا يتصل مهما إلى المحل شيء، وكذا الراكب في غير الإبطاء والكفارة حكم المباشرة لا حكم التسبب، وكذا يتعلق بالإيطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد لأن يختص بالمباشرة **(ولو كان راكب وسائق قيل لا يضمن السائق ما أوطأت الدابة)** لأن الراكب مباشر فيه لما ذكرناه والسائق مسبب، والإضافة إلى المباشر أولى. وقيل الضمان عليهما لأن كل ذلك سبب الضمان. قال: **(وإذا اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر)**

وقوله: **(ما ذكرناه)** يعني قوله فلا يمكنه التحرز. وقوله: **(وقوله عليه الصلاة والسلام «الرجل جبار»[1])** معطوف على قوله ما ذكرناه. ومعنى جبار: هدر ومعناه النفحة بالرجل لأن الوطء مضمون بالإجماع. وقوله: **(وانتقال الفعل)** جواب عن قول الشافعي رحمه الله لأن فعلها مضاف إليهم: يعني أن ذلك يكون بالقياس على الإكراه، ولا يكاد يصح لأن هناك الانتقال بتخويف القتل وهنا تخويف بالضرب فلا يلحق به، قيل وفيه ضعف لأنه لم يقل بذلك قياساً على الإكراه، وإنما قال بناء على أصل آخر وهو أن سير الدابة مضاف إلى راكبها ولا كلام فيه وإنما الكلام في النفحة ومع ذلك لا يخلو عن ضعف. والجواب القوي ما ذكره بقوله والحجة عليه ما ذكرناه، وقوله عليه الصلاة والسلام «الرجل جبار»[2] وأتى برواية الجامع الصغير لاشتمالها على الضابط الكلي وبيان الكفارة وقوله: **(لما ذكرناه)** إشارة إلى قوله لأن التلف بثقله. وقوله: **(على ما ذكرنا)** إشارة إلى قوله لأنه لا يتصل منهما إلى المحل شيء. وقوله: **(لأن كل ذلك سبب الضمان)** يعني أن كل واحد منهما بانفراده عامل في الإتلاف فإن السوق لو انفرد عن الركوب أوجب ضمان ما أتلفت بالوطء، وكذلك الركوب فلم يجز أن يضاف عمل السوق في الإتلاف إلى الركوب، بل كان التلف مضافاً إليهما نصفين، والمسبب إنما لا يضمن مع المباشر إذا كان سبباً لا يعمل في التلف عند انفراده، كالحفر فإنه لا يوجب التلف منفرداً عن الدفع الذي هو مباشرة وتذكر تخصيص العلل ومخلصه فإنه من مظانه. وقال: **(إذا اصطدم فارسان الخ)** أي ضرب أحدهما الآخر بنفسه، وحكم الماشيين حكم

كان سير الدابة مضافاً إلى راكبها تكون النفحة مضافة إليه أيضاً قوله: **(والجواب القوي ما ذكره بقوله والحجة عليه ما ذكرنا)** أقول: جواب بطريق المعارضة قال المصنف: **(وقيل الضمان عليهما لأن كل ذلك سبب الضمان)** أقول: قال الزيلعي: ألا يرى أن محمداً ذكر في الأصل أن الراكب إذا أمر إنساناً فنخس المأمور الدابة ووطئت إنساناً كان الضمان عليهما فاشتركا في الضمان والناخس سائق والآمر راكب، فتبين بهذا أنهما يستويان. والجواب أن المسبب إنما لا يضمن مع المباشر إذا كان السبب لا يعمل بانفراده في الإتلاف كما في

---

(١) ضعيف. أخرجه أبو داود ٤٥٩٢ والدارقطني ٣/ ١٥٢ والطبراني في الصغير ٧٤٢ والبيهقي ٨/ ٣٤٣ كلهم من حديث أبي هريرة
قال الطبراني: لم يروه عن الزهري إلا سفيان بن حسين اهـ قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٣٨٧: قال الخطابي: تكلم الناس في هذا الحديث، وقيل: إنه غير محفوظ، وسفيان بن حسين معروف بسوء الحفظ
وقال الدارقطني: لم يروه غير سفيان، وهو وهم لم يتابعه عليه أحد. وقال المنذري في مختصره: سفيان بن حسين السلمي استشهد به البخاري، وأخرج له مسلم في المقدمة، ولم يحتج به واحد منهما، وفيه مقال اهـ
فبهذا يكون الحديث ضعيفاً.

(٢) هو الحديث المتقدم

وقال زفر والشافعي: يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر لما روي ذلك عن عليّ رضي الله عنه[١]، ولأن كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه، لأنه بصدمته آلم نفسه وصاحبه فيهدر نصفه ويعتبر نصفه، كما إذا كان الاصطدام عمداً، أو جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه جراحة أو حفراً على قارعة الطريق بئراً فإنها عليهما يجب على كل واحد منهما النصف فكذا هذا. ولنا أن الموت يضاف إلى فعل صاحبه لأن فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق فلا يصلح مستنداً للإضافة في حق الضامن، كالماشي إذا لم يعلم بالبئر ووقع فيها لا يهدر شيء من دمه وفعل صاحبه وإنْ كان مباحاً، لكن الفعل المباح في غيره سبب للضمان كالنائم إذا انقلب على غيره. وروي عن عليّ رضي الله عنه أن أوجب على كل واحد منهما كل الدية[٢] فتعارضت روايتاه فرجحنا بما ذكرنا وفيما ذكر

من اللجام فلا يمكنه التحرز عما أصابت بيدها أيضا فينبغي أن لا يضمنه أيضا فليتأمل في الجواب قوله: **(وإذا اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر)** قال في النهاية: وفي تقييد الفارسين في الكتاب بقوله وإذا اصطدم الفارسان ليست زيادة فائدة، فإن الحكم في اصطدام الماشيين وموتهما بذلك كذلك ذكره في المبسوط، سوى أن موت المصطدمين في الغالب إنما يكون في الفارسين اهـ. وقال في العناية أخذاً من النهاية: حكم الماشيين حكم الفارسين، لكن لما كان موت المصطدمين غالباً في الفارسين خصهما بالذكر اهـ. وقال في معراج الدراية: وكذا الحكم إذا اصطدم الماشيان والتقييد بالفارسين اتفاقي أو بحسب الغالب اهـ. وتبعه الشارح العيني. أقول: عجيب من هؤلاء الشراح مثل هذه التعسفات مع كون وجه التقييد بالفارسين نيراً، فإن الباب الذي نحن فيه باب جناية البهيمة والجناية عليها. ولا يخفى أن اصطدام الماشيين ليس من ذلك في شيء فكان خارجاً من مسائل هذا الباب قوله: **(وروي عن علي رضي الله عنه أنه أوجب على كل واحد منهما كل الدية[٣] فتعارضت روايتاه فرجحنا بما ذكرنا)** قال في العناية أخذاً من شرح تاج الشريعة: فيه بحث من وجهين: أحدهما أن الخصم أيضاً ترجح جانبه بما ذكره من المعنى. والثاني أن ما ذكرتم قياس والقياس يصلح حجة وما صلح حجة لم يصلح مرجحاً. والجواب عن الأول أن ما ذكره منقوص في

الفارسين، لكن لما كان موت المصطدمين غالباً في الفارسين خصهما بالذكر، وما ذكر زفر والشافعي رحمهما الله وجه القياس، وما قلنا وجه الاستحسان، وقد روي عن عليّ رضي الله عنه كلا الوجهين فتعارضت روايتاه فرجحنا قولنا بما ذكرناه:

الحفر مع الإلقاء فإن الحفر لا يعمل بدون الإلقاء، وأما إذا كان السبب يعمل بانفراده فيشتركان وهذا منه فإن السوق متلف وإن لم يكن على الدابة راكب بخلاف الحفر فإنه ليس بمتلف بلا إلقاء، وعند الإلقاء وجد التلف بهما فأضيف إلى آخرهما كمسألة السفينة، إذ كل واحد منهما لا يعمل بانفراده، وفيما نحن فيه يعمل فيشتركان انتهى. وقرر صاحب الكفاية تعليل وجوب الضمان عليهما بقوله ذكر محمد في الأصل أن الراكب إذا أمر آخر فنخس الدابة فإن وطئت إنساناً كان الضمان عليهما، وعلل فقال: لأن الناخس سائق والآخر راكب، فقد بين بما ذكر أن الراكب والسائق في ضمان ما وطئت الدابة يشتركان ولا يختص به الراكب انتهى، وأنت خبير بأن ما ذكره الزيلعي في معرض الجواب بمعزل عن هذا التقرير مع أنه لا يصلح جواباً عما ذكر في الأصل، بل هو تحقيق وتفصيل له، وكيف لا واللازم منه وجوب الضمان على السائق وهو قد صحح عدم الوجوب فهذا من مثله غريب قوله: **(لكن لما كان موت المصطدمين غالباً في الفارسين خصهما بالذكر)** أقول: ولعل الأولى أن يقال: إنما خصهما بالذكر لأن اصطدام الماشيين ليس من هذا الباب لعدم تعلقه بالبهيمة قال المصنف: **(فتعارضت روايتاه فرجحنا بما ذكرنا)** أقول: فيه بحث من وجهين: أحدهما أن الخصم أيضاً ترجح جانبه بما ذكره من المعنى فتعارضت جهتا الترجيح، والثاني أن ما ذكرتم قياس، والقياس يصلح حجة، وما صلح حجة لم يصلح مرجحاً، والجواب عن الأول أن

---

(١) غريب. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٣٨٦

(٢) موقوف: أخرجه عبد الرزاق في مصنفه كما في نصب الراية ٤/ ٣٨٦ عن الحكم عن علي أن رجلين صدم أحدهما صاحبه فضمن كل واحد منهما صاحبه. يعني الدية.

(٣) هو المتقدم.

من المسائل الفعلان محظوران فوضح الفرق. هذا الذي ذكرنا إذا كانا حرّين في العمد والخطإ، ولو كانا عبدين يهدر الدم في الخطإ لأن الجناية تعلقت برقبته دفعاً وفداء، وقد فاتت لا إلى خلف من غير فعل المولى فهدر ضرورة، وكذا في العمد لأن كل واحد منهما هلك بعد ما جنى ولم يخلف بدلاً، ولو كان أحدهما حراً والآخر عبداً ففي الخطإ تجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد فيأخذها ورثة المقتول الحر، ويبطل حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة لأن أصل أبي حنيفة ومحمد تجب القيمة على العاقلة لأنه ضمان الآدمي فقد أخلف بدلاً بهذا القدر فيأخذه ورثة الحر المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف. وفي العمد يجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لأن المضمون هو النصف في العمد، وهذا القدر يأخذه ولي المقتول، وما على العبد في رقبته وهو نصف دية الحرّ يسقط بموته إلا قدر ما أخلف من البدل وهو نصف القيمة. قال: **(ومن ساق دابة فوقع السرج على رجل فقتله ضمن، وكذا على هذا سائر أدواته كاللجام ونحوه، وكذا ما يحمل عليها)** لأنه متعدّ في هذا التسبيب، لأن الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشدّ أو الإحكام فيه، بخلاف الرداء لأنه لا يشدّ في العادة، ولأنه قاصد لحفظ هذه الأشياء كما في المحمول على عاتقه دون اللباس على ما مر من قبل فيقيد بشرط السلامة. قال: **(ومن قاد قطاراً فهو ضامن لما أوطأ، فإن وطىء بعير إنساناً ضمن به القائد والدية على العاقلة)** لأن القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد أمكنه ذلك وقد صار متعدّياً بالتقصير فيه، والتسبب بوصف التعدي سبب للضمان، وإلا أن ضمان النفس على العاقلة فيه وضمان المال في ماله **(وإن كان معه سائق فالضمان عليهما)** لأن قائد الواحد قائد للكل، وكذا سائقه لاتصال

البئر بمشيه فيكون فاسداً، وعن الثاني أن القياس في مقابلة النص لا يصلح حجة اهـ. أقول: إن الجواب عن الثاني بما ذكر ليس بشيء لأن القياس إنما لا يصلح حجة في مقابلة النص إذا لم يكن ذلك النص متروك العمل به بأن عارضه نص آخر. وأما إذا كان متروك العمل به بأن عارضه نص آخر وتساقطا كما فيما نحن فيه فالقياس يصلح حجة في مقابلته قطعاً، ألا يرى إلى ما تقرّر في أصول الفقه أن الدليلين إذا تعارضا وتساقطا يصار من الكتاب إلى السنة ومن السنة إلى القياس، وقول الصحابي إن أمكن ذلك، ولو كان القياس لا يصلح فيه حجة في مقابلة النص الذي ترك العمل به لما صح المصير من السنة عند التعارض والتساقط إلى القياس إذ يكون القياس إذ ذاك في مقابلة السنة لا محالة. والصواب في الجواب عن الثاني أن يقال: مراد المصنف بقوله فرجحنا بما ذكرنا أنا رجحنا قولنا لما ذكرناه من المعقول الذي مآله القياس بعد أن تعارضت روايتاه، لا أنا رجحنا إحدى الروايتين بما ذكرناه من

يعني قوله لأن فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق الخ، وفيه بحث من وجهين: أحدهما أن الخصم أيضاً ترجح جانبه بما ذكره من المعنى فتعارضت جهتا الترجيح. والثاني أن ما ذكر ثم قياس، والقياس يصلح حجة، وما صلح حجة لم يصلح مرجحاً. والجواب عن الأول أن ما ذكره منقوض بالواقع في البئر بمشيه فيكون فاسداً، وعن الثاني أن القياس في مقابلة النص لا يصلح حجة. وقوله: **(وفيما ذكر)** جواب عن المسائل المذكورة في جهتهما، وذلك لأن الفعل لما كان محظوراً كان موجباً للضمان، ولكن لم يظهر في حق نفسه لعدم الفائدة فسقط إيجابه الضمان في حق نفسه واعتبر في حق غيره فلذلك وجب على عاقلة كل منهما نصف الدية، وأما فيما نحن فيه فالشيء مباح محض فلم ينعقد موجباً للضمان في حق نفسه أصلاً فكان صاحبه قاتلاً له من غير معارضة أحد له في قتله، فيجب على عاقلة كل منهما تمام دية الآخر، كمن مشى حتى سقط في البئر ضمن الحافر وإن كان السقوط بالحفر والمشي جميعاً، لكن لما كان المشي مباحاً لم يعتبر. وقوله: **(هذا الذي ذكرنا إذا كانا**

ـما ذكره منعوه بالواقع في البئر بمشيه فيكون فاسداً. وعن الثاني أن القياس في مقابلة النص لا يصلح حجة، كذا في شرح أكمل الدين وشرح شاهان. وقال صاحب الكفاية: فإن قيل: القياس لا يصلح مرجحاً لأنه علة ثبت به الحكم، والترجيح إنما يكون بما ليس بعلة. قلنا: معناه فتعارضت روايتاه فتساقطتا فرجحنا قولنا بما ذكرنا من الدليل. أو نقول: القياس إنما يكون علة عند عدم النص، فأما عند وجود النص فلا يصلح علة، وها هنا النص موجود، فإذا لم يصر علة يصبح به الترجيح. أو نقول: ما روي أنه أوجب النصف محمول على ما إذا كانا عامدين حيث يجب نصف دية كل واحد منهما في العمد على عاقلة كل واحد منهما عندنا أيضاً انتهى.

الأزمة، وهذا إذا كان السائق في جانب من الإبل، أما إذا كان توسطها وأخذ بزمام واحد يضمن ما عطب بما هو خلفه، ويضمنان ما تلف بما بين يديه لأن القائد لا يقود ما خلف السائق لانفصام الزمام، والسائق يسوق ما يكون قدامه. قال: **(وإن ربط رجل بعيراً إلى القطار والقائد لا يعلم فوطيء المربوط إنساناً فقتله فعلى عاقلة القائد الدية)** لأنه يمكنه صيانة القطار عن ربط غيره، فإذا ترك الصيانة صار متعدياً، وفي التسبيب الدية على العاقلة كما في القتل الخطإ **(ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط)** لأنه هو الذي أوقعهم في هذه العهدة، وإنما لا يجب الضمان عليهما في الابتداء وكل منهما مسبب لأن الربط من القود بمنزلة التسبب من المباشرة لاتصال التلف بالقود دون الربط. قالوا: هذا إذا ربط والقطار يسير لأنه أمر بالقود دلالة، فإذا لم يعلم به لا يمكنه التحفظ من ذلك فيكون قرار الضمان على الرابط، أما إذا ربط والإبل قيام ثم قادها ضمنها القائد لأنه قاد بعير غيره بغير إذنه لا صريحاً ولا دلالة فلا يرجع بما لحقه عليه، قال: **(ومن أرسل بهيمة وكان لها سائقاً فأصابت في فورها يضمنه)** لأن الفعل انتقل إليه بواسطة السوق. قال: **(ولو أرسل طيراً وساقه فأصاب في فوره لم يضمن)** والفرق أن بدن البهيمة يحتمل السوق فاعتبر سوقه والطير لا يحتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه بمنزلة، وكذا لو أرسل كلباً ولم يكن له سائقاً لم يضمن، ولو أرسله

الدليل العقلي حتى يتجه عليه أن ما يصلح حجة لا يصلح مرجحاً. بقي ها هنا شيء، وهو أنهم صرحوا بأن ما ذكره زفر والشافعي جواب القياس وما قلناه جواب الاستحسان. وإذا تعارضت الروايتان عن عليّ رضي الله عنه وتساقطتا فكان مصيرنا في إثبات قولنا إلى ما ذكرناه من المعقود الذي مآله القياس لزم أن يكون ما قلناه جواب القياس أيضاً، فما معنى قولهم إنه جواب الاستحسان؟ والجواب أن الاستحسان لا ينحصر في النص، بل قد يكون بالنص كما في السلم والإجارة وبقاء الصوم في النسيان، وقد يكون بالاجماع كما في الاستصناع، وقد يكون بالضرورة كما في طهارة الحيض والآبار، وقد يكون بالقياس الخفي وهو الأكثر كما صرح بذلك كله في كتب الأصول، فالمراد بالاستحسان في قولهم هنا وما قلناه جواب الاستحسان هو القياس الخفي المقابل للقياس الجلي فلا إشكال قوله: **(أما الإرسال للاصطياد فمباح)** قال بعض الفضلاء: نعم إلا أنه لم لا يكن مقيداً بشرط السلامة اهـ. جوابه يظهر بقول المصنف رحمه الله ولا تسبيب إلا بوصف التعدي، فإن كون الفعل المباح مقيداً بشرط السلامة إنما هو

حرّين في العمد والخطأ**)** أي وجوب تنصيف الدية في العمد على عاقلة كل واحد منهما، وفي الخطإ الدية الكاملة على ما ذكر في الكتاب، إلا أنه ذكر الخطأ في وضع المسألة والعمد في بيان قوله الخصم. وقوله: **(فيأخذها)** أي قيمة العبد ورثة المتقول الحرّ، قيل ينبغي أن تسقط عن العاقلة لأن الدية أوّلاً تثبت للميت لا محالة والورثة يخلفونه والعاقلة يتحملون ها هنا موجب جنايته، فلما ملك الميت ما تحمله العاقلة سقط عنهم، كما قلنا في امرأة قطعت يد رجل خطأ فتزوجها على اليد وما يحدث منه فإن الدية تصير مهراً وتسقط عن العاقلة. وأجيب بأن السقوط إنما يكون فيما إذا كان الراجع هو الجاني وها هنا الراجع وارثه فبالنظر إلى أن المستحق أوّلاً هو الجاني يسقط وبالنظر إلى أن الراجع غيره لا يسقط فلا يسقط بالشك، والباقي واضح. وقوله: **(لأنه قاصد لحفظ هذه الأشياء)** يعني السرج وسائر الأدوات كما في المحمول على عاتقه إذا وقع على شيء فأتلفه فإن يجب الضمان، بخلاف اللباس فإن لا يقصد حفظه. وقوله: **(على ما مر من قبل)** أي في باب ما يحدثه الرجل في الطريق. وقوله: **(ومن قاد قطاراً)** القطار: الإبل تقطر على نسق واحد والجمع قطر، وكلامه واضح. قال: **(وإن ربط رجل بعيراً إلى القطار الخ)** رجل ربط بعيراً إلى قطار يقوده رجل، فإما أن يعلم بربطه القائد أو لم يعلم، فإن كان الثاني وقد وطىء المربوط إنساناً فقتله فعلى عاقلة القائد الدية لإمكان تحرزه عن ربط الغير، فإذا ترك ذلك صار متسبباً متعدياً والدية في مثله على العاقلة كما في القتل الخطإ ثم ترجع عاقلة القائد بما ضمنوا الدية على عاقلة الرابط لأنه هو الذي أوقعهم في هذه العهدة، كذا في الجامع الصغير، ووقع في رواية المبسوط: ضمن القائد ثم يرجع على الذي ربط البعير، ووفق الإمام المحبوبي رحمه الله بينهما بأنه اعتبر في المبسوط حقيقة الضمان، فإنه في الحقيقة على القائد والرابط، إلا أن العواقل تعقل عنهما، واعتبر في الجامع الصغير حال الضمان وقراره وهو على العاقلة، وإن كان الأول لم يرجعوا لأن القائد حين علم بالربط فقد رضي بمال

إلى صيد ولم يكن له سائقاً فأخذ الصيد وقتله حلّ. ووجه الفرق أن البهيمة مختارة في فعلها ولا تصلح نائبة عن المرسل فلا يضاف فعلها إلى غيرها، هذا هو الحقيقة، إلا أن الحاجة مست في الاصطياد فأضيف إلى المرسل لأن الاصطياد مشروع ولا طريق له سواه ولا حاجة في حق ضمان العدوان. وروي عن أبي يوسف أنه أوجب الضمان في هذا كله احتياطاً صيانة لأموال الناس. قال رضي الله عنه: وذكر في المبسوط إذا أرسل دابة في طريق المسلمين فأصابت في فورها فالمرسل ضامن لأن سيرها مضاف إليه ما دامت تسير على سننها، ولو انعطفت يمنة أو يسرة انقطع حكم الإرسال إلا إذا لم يكن له طريق آخر سواه وكذا إذا وقفت ثم سارت بخلاف ما إذا وقفت بعد الإرسال في الاصطياد ثم سارت فأخذت الصيد، لأن تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل لأنه لتمكنه من الصيد، وهذه تنافي مقصود المرسل وهو السير فينقطع حكم الإرسال، وبخلاف ما إذا أرسله إلى صيد فأصاب نفساً أو مالاً في فوره لا يضمنه من أرسله، وفي الإرسال في الطريق يضمنه لأن شغل الطريق تعدّ فيضمن ما تولد منه، أما الإرسال للاصطياد فمباح ولا تسبيب إلا بوصف التعدي. قال: **(ولو أرسل بهيمة فأفسدت زرعاً على فوره ضمن المرسل)** وإن مالت يمنياً أو شمالاً وله طريق آخر لا يضمن لما مر، ولو انفلتت الدابة فأصابت مالاً أو آدمياً ليلاً أو نهاراً **(لا ضمان على صاحبها)** لقوله عليه الصلاة والسلام «جرح العجماء جبار»[1] وقال محمد رحمه الله: هي المنفلتة، ولأن

فيما وجد فيه التعدّي كما في المرور في طريق المسلمين حيث يوجد فيه شغل الطريق الذي هو حق العامة. وأما فيما لا يوجد فيه التعدي كما في الإرسال للاصطياد فلا معنى للتقييد بشرط السلامة، لأن الضمان في أمثال ذلك إنما يتصور بالتسبيب ولا تسبيب إلا بوصف التعدي، وحيث لم يوجد التعدي لم يتصور التسبيب فلا ضمان أصلا. وقد أوضح الفرق بين إرسال الدابة في الطريق وبين إرسال الكلب أو البازي للاصطياد في الذخيرة حيث قال: وجه الفرق أن إرسال الدابة في الطريق إذا لم يتبع مع الدابة وأمكنه الاتباع تعدّ من صاحبه. فما تولد منه يكون مضموناً عليه، وأما إرسال الكلب أو البازي من غير اتباع معه فليس بتعدّ منه لأنه لا يمكنه الاتباع، والمتسبب في الإتلاف لا يضمن إلا إذا كان متعدياً اهـ تبصر قوله: **(ولأن الفعل غير مضاف إليه لعدم ما يوجب النسبة إليه من الإرسال وأخواته)** وهي السوق والقود والركوب، كذا في عامة الشروح. وقال في النهاية بعد بيانها على النمط المزبور كان من حق اللفظ أن يقول: من الإرسال وأمثاله، أو يقول: من الإرسال وأخواتها بتأويل الكلمة، إذ السوق أو القود لما كان أختاً لا أخاً للإرسال كان الإرسال أختاً أيضا، وإلا يلزم جعل بعض أسباب التعدي أخاً وبعضها أختاً من

يلحقه من الضمان فلا يرجعون عليهم بشيء ولم يذكره لظهوره. وقوله: **(وإنما لا يجب الضمان عليهما ابتداء)** ظاهر. وقوله: **(قالوا)** يعني أن لفظ الجامع الصغير غير متعرض للسير والوقوف، والمشايخ رحمهم الله قالوا هذا: أي رجوع عاقلة القائد على عاقلة الرابط إذا ربط والقطار يسير. أما إذا ربط والإبل قيام ثم قادها فإنه يضمنها القائد بلا رجوع على أحد، والوجه ما ذكره في الكتاب. وقوله: **(ومن أرسل بهيمة)** يريد كلباً لقوله بعده وكذا لو أرسل كلبا، ومعنى سوقه إياه أن يمشي خلفه **(ولو أرسل طيراً)** أي بازياً وساقه فأصاب في فوره بأن قتل صيداً مملوكاً لم يضمن المرسل السائق لعدم اعتبار السوق والإرسال فيه في حق الضمان، حتى لو كان ذلك في الحرم وقتل صيد الحرم لم يلزمه شيء. وقوله: **(انقطع حكم الإرسالة إلا إذا لم يكن له طريق سواه)** أي سوى طريق اليمنى واليسرى بأن كان على الجادة ماء أو وحل فحينئذٍ لا ينقطع حكم

قوله: **(بأن كان على الجادة ماء أو وحل الخ)** أقول: فيه بحث قال المصنف: **(أما الإرسال للاصطياد فمباح)** أقول: نعم، إلا أنه لم لا يكون مقيداً بشرط السلامة.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ١٤٩٩ ومسلم ١٧١٠ وأبو داود ٣٠٨٥ والترمذي ٦٤٢ والنسائي ٥/٤٥ وابن ماجه ٢٥٠٩ والطيالسي ٢٣٠٥ وأحمد ٢/٢٢٨ و ٢٣٩، ٢٥٤، ٢٧٤، ٢٨٥ و ٣١٩، ٣٨٦، ٤١١، ٤١٥ كلهم من حديث ابن هريرة ولفظة. العجماء جبار، والبئر جبار، والمعدن جبار، وفي الرّكاز الخمس».

الفعل غير مضاف إليه لعدم ما يوجب النسبة إليه من الإرسال وأخواته. قال: **(شاة لقصاب فقئت عينها ففيها ما نقصها)** لأن المقصود منها هو اللحم فلا يعتبر إلا النقصان **(وفي عين بقرة الجزار وجزوره ربع القيمة، وكذا في عين الحمار والبغل والفرس)** وقال الشافعي: فيه النقصان أيضاً اعتباراً بالشاة. ولنا ما روي «أن النبي عليه الصلاة والسلام قضى في عين الدابة بربع القيمة»[1] وهكذا قضى عمر رضي الله عنه[2]، ولأن فيها مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والجمال والعمل، فمن هذا الوجه تشبه الآدمي وقد تمسك للأكل، فمن هذا الوجه تشبه

غير دليل ا هـ. وقال صاحب العناية بعد نقل هذا في النهاية: وليس بشيء لأنه ليس هنا مؤنث معنوي خولف فيما يقتضيه حتى يناقش على ذلك ا هـ. أقول: ليس هذا بدافع لما قاله صاحب النهاية. فإنه لم يقل كان من حق اللفظ أن يؤتى بأداء التأنيث البتة حتى يقال: ليس هنا مؤنث معنوي يقتضي الإتيان بأداة التأنيث، بل قال: كان حقه أن يجعل أسباب التعدّي في قرن واحد من التذكير والتأنيث بأن يقال من الإرسال وأمثاله، أو يقال من الإرسال وأخواتها، وإلا يلزم جعل بعضها مذكراً وبعضها مؤنثاً من غير أمر يدعو إليه، وما ذكره صاحب العناية لا يدفع ذلك لا محالة. ثم أقول: الوجه في دفع ذلك أن يقال: لما جاز تذكير كل واحد من تلك الأسباب باعتبار ما في ظاهر لفظ كل واحد منها وفي معناه من التذكير وجاز تأنيث كل واحد منها بتأويل لفظ بالكلمة أو تأويل معناه بالفعلة صح في كل واحد منها الوجهان. ثم إن المصنف لما قصد رعاية صنعة المطابقة وهي الجمع بين المتضادين كما في قوله تعالى ﴿ولكم في القصاص حياة﴾ البقرة (١٧٩)، على ما عرف ذكر بعض تلك الأسباب وأنث بعضها فقال من الإرسال وأخواته تدبر تقف قوله: **(ولنا ما روي أن النبي عليه الصلاة والسلام قضى في عين الدابة بربع القيمة)** قال في العناية: فإن قيل: يجوز أن يكون قضاء رسول الله ﷺ فيما لا يؤكل لحمه. فالجواب أن المعنى الذي أوجب ذلك في غير المأكول من الحمل والركوب والزينة والجمال والعمل موجود في مأكول اللحم فيلحق به ا هـ. أقول: في الجواب نظر، إذ لمانع أن يمنع أن المعنى الذي أوجب ذلك في غير مأكول اللحم تلك الأمور المذكورة وحدها لجواز كون أن لا يقصد منه اللحم أصلاً كما يقصد ذلك من الشاة داخلاً في كون ذلك المعنى أيضاً وهو غير موجود في مأكول اللحم، إذا قد يقصد منه اللحم كما تقصد تلك الأمور المذكورة أيضاً فلا يتم الإلحاق كما لا يخفى قوله: **(لأن فيها مقاصد سوى اللحم الخ)** أقول: فيه كلام. أما أوّلا فلأن هذا الدليل لا يتمشى في غير مأكول اللحم كالحمار والبغل والفرس، بل هو بحكم انعكاسه يقتضي أن يكون الجواب في غير مأكول اللحم غير الجواب

الإرسال كما لو لم ينعطف يمنة ويسرة. وقوله: **(وكذلك إذا وقفت ثم سارت)** أي ينقطع حكم الإرسال. وقوله: **(وبخلاف)** معطوف على قوله بخلاف ما إذا أوقفت لأن حكمها مخالف لحكم أصل المسألة، وتبين به الفرق بين الإرسالين كما بين بقوله بخلاف ما إذا وقفت الفرق بين الوقفتين. وقوله: **(على فوره)** أي فور الإرسال وهو أن لا تميل يميناً ولا شمالاً. وقوله: **(لما مر)** إشارة إلى قوله انقطع حكم الإرسال. وقوله: **(قال محمد رحمه الله: هي المنفلتة)** أي العجماء التي أهدر النبيّ ﷺ فعلها هي المنفلتة لا التي أرسلت، فإن إفسادها إذا كان في فور الإرسال ليس بجبار كما ذكرنا آنفاً فكان تفسيره احترازاً عن الأجراء على عمومه. وقوله: **(من الإرسال وأخواته)** يعني السوق والوقد والركوب. قال في النهاية: كان من حق

قوله: **(أو يقول من الإرسال وأخواتها بتأويل الكلمة)** أقول: الأظهر بتأويل الفعلة، إذ ليس المراد بالإرسال وأخواتها الألفاظ بل معانيها قوله: **(والركوب)** أقول: البقر ما خلقت للركوب والحمل، إلا أن يقال: لا قائل بالفصل بين البقر والإبل.

---

(١) ضعيف. أخرجه الطبراني كما في المجمع ٦/٢٩٨ من حديث زيد بن ثابت قال: «لم يقض رسول الله ﷺ إلا ثلاث قضيات: في الأمة، والمنقلة، والموضحة في الأمة ثلاثاً وثلاثين، وفي المنقلة خمس عشرة، وفي الموضحة خمساً، وقضى رسول الله ﷺ في عين الدابة ربع ثمنها»
قال الهيثمي: وفيه أبو أمية بن يعلى، وهو ضعيف اهـ ورواه العقيلي في ضعفائه، وأعلّه بإسماعيل أبي أمية.
(٢) موقوف. أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، وابن أبي شيبة كما في نصب الراية ٤/٣٨٨ عن شريح أن عمر كتب إليه. أن في عين الدابة ربع ثمنها»

المأكولات فعملنا بالشبهين بشبه الآدمي في إيجاب الربع وبالشبة الآخر في نفي النصف، ولأنه إنما يمكن إقامة العمل بها بأربعة أعين عيناها وعينا المستعمل فكأنها ذات أعين أربعة فيجب الربع بفوات إحداها. قال: **(ومن سار على دابة في الطريق فضربها رجل أو نخسها فنفحت رجلاً أو ضربته بيدها أو نفرت فصدمته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب)** هو المروى عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما[1]، ولأن الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس فأضيف فعل الدابة إليه كأنه فعله بيده، ولأن الناخس متعدّ في تسبيبه والراكب في فعله غير متعدّ فيترجح جانبه في التغريم للتعدي، حتى لو كان واقفاً دابته على الطريق يكون الضمان على الراكب والناخس نصفين لأنه معدّ

في مأكول اللحم مع أن الجواب فيهما متحد وإن كان كلاً منهما داخل في المدعي هنا. وأما ثانياً فلأن قوله بشبه الآدمي في إيجاب الربع: يعني عملنا بشبه الآدمي في إيجاب الربع ليس بواضح، لأن شبه الآدمي لا يقتضي إيجاب الربع بل يقتضي إيجاب النصف، لأن الواجب في الآدمي في الجناية المزبورة هو النصف، وإنما المقتضي لإيجاب الربع مجموع الشبهين، كيف ولو كان المقتضى لإيجاب الربع شبه الآدمي فقط لما احتيج إلى العمل بالشبه الآخر كما لا يخفى. فالظاهر في الأداء أن يقال: فعملنا بالشبهين بشبه الآدمي في إيجاب المقدر من غير اعتبار النقصان، وبالشبه الآخر في نفي النصف الواجب في عين الآدمي فوجب الربع عملاً بهما، وقد أشار إليه صاحب الكافي حيث قال: فأشبه الإنسان من وجه والشاة من وجه فوجب تنصيف التقدير الواجب في الإنسان عملاً بهما ا هـ. نعم مراد المصنف أيضاً هذا المعنى لكن عبارته لا تساعده كما ترى قوله: **(ولأن الراكب والمركب مدفوعا بدفع الناخس فأضيف فعل الدابة إليه كأنه فعله بيده)** أقول: يرد عليه ما ذكره فيما مر في مسألة السائق والقائد جواباً عن الشافعي بقوله وانتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكره، وهذا تخويف بالضرب. وجه الورود غير خاف على الفطن

الكلام أن يقول من الإرسالة وأمثاله أو يقول من الإرسال وأخواتها بتأويل الكلمة إذ السوق والقود لما كان أختاً لا أخاً للإرسال كان الإرسال أختاً أيضاً، وإلا يلزم جعل بعض أسباب التعدي أخاً وبعضها أختاً من غير دليل، وليس بشيء لأنه ليس ها هنا مؤنث معنوي خولف فيما يقتضيه حتى يناقش على ذلك. قال: **(شاة لقصاب فقئت عينها)** الجزر: القطع، وجزر الجزور نحرها، والجزور ما أعدّ من الإبل للنحر يقع على الذكر والأنثى وهو مؤنث، وإنما قال: وجزوره ربع القيمة ولم يقل وبعيره ليتبين أن البقر والإبل وإن أعد اللحم كالشاة لا يختلف الجواب فيهما، بل سواء كان معدّين للحم أو للحرث والحمل والركوب ففيه ربع القيمة كما في الذي لا يؤكل لحمه كالبغل والحمار. وقال الشافعي رحمه الله: فيه النقصان واعتباره بالشاة عمل بالظاهر. ولنا ما روى خارجة بن زيد بن ثابت عن أبيه أن رسول الله ﷺ أوجب ذلك، وروي عن عمر رضي الله عنه أن قضى بذلك فتركنا القياس، فإن قيل: يجوز أن يكون قضاء رسول الله ﷺ فيما لا يؤكل لحمه. فالجواب أن المعنى الذي أوجب ذلك في غير المأكول من الحمل والركوب والزينة والجمال، والعمل موجود في مأكول اللحم فيلحق به. وقوله: **(ولأن فيها مقاصد سوى اللحم)** دليل معقول على ذلك وهو واضح. وفيه إشارة إلى الجواب عن القياس على الشاة فإن المقصود منها اللحم وفقء العين لا يفوّته بل هو عيب يسير فليزم نقصان المالية. وقوله: **(ولأنه إنما يمكن إقامة العمل بها)** دليل آخر. وهو أيضاً واضح لكن الاعتماد على الأول؛ ألا ترى أن العينين لا يضمنان بنصف القيمة، كذا قاله فخر الإسلام

قوله: **(والجمال والعمل موجود الخ)** أقول: فيه بحث قوله فإن قيل: **(القياس يقتضي أن يكون الضمان على الراكب لكونه مباشراً)** أقول: ممنوع بل سبب هنا، ويجوز أن يقال: أشار إلى هذا الشارح بقوله إن فرض مباشراً قال المصنف: **(فأضيف فعل الدابة إليه كأنه فعله بيده)** أقول: مخالف لما أسلفه في هذا الباب مجيباً عن الشافعي وانتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكره، وهذا تخويف بالضرب تأمل قوله: **(ها هنا تسامح لأن شرطه الخ)** أقول: أي شرط سببية لفعل الراكب للضمان وهو التعدي، والضمير راجع إلى فعل

---

(١) غريب. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ٤/٣٨٨ ولكن روى عبد الرزاق في مصنفه عن القاسم بن عبد الرحمن قال: «أقبل رجل بجارية من القادسية فمر على رجل واقف على دابة، فنخس رجل الدابة، فرفعت رجلها، فلم يخط عين الجارية، فرفع إلى سلمان بن ربيعة الباهلي، فضمن الراكب، فبلغ ذلك ابن مسعود، فقال: على الرجل إنما يضمن الناخس».

في الإيقاف أيضاً. قال: **(وإن نفحت الناخس كان دمه هدراً)** لأنه بمنزلة الجاني على نفسه **(وإن ألقت الراكب فقتلته كان ديته على عاقلة الناخس)** لأنه متعدّ في تسبيبه وفيه الدية على العاقلة. قال: **(ولو وثبت بنخسه على رجل أو وطئته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب)** لما بيناه، والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء، وعن أبي يوسف أنه يجب الضمان على الناخس والراكب نصفين، لأن التلف حصل بثقل الراكب ووطء الدابة، والثاني مضاف إلى الناخس فيجب الضمان عليهما، وإن نخسها بإذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها، ولا ضمان عليه في نفحتها لأنه أمره بما يملكه، إذا النخس في معنى السوق فصح أمره به. وانتقل إليه لمعنى الأمر. قال: **(ولو وطئت رجلاً في سيرها وقد نخسها الناخس بإذن الراكب فالدية عليهما نصفين جميعاً إذا كانت في فورها**

الناظر في المقامين قوله: **(ولأن الناخس متعدّ في تسبيبه والراكب في فعله غير متعدّ فيترجح جانبه في التغريم للتعدي)** قال صاحب العناية: فيه نظر، لأن الراكب إن كان فعله معتبراً فهو مباشر، والتعدي ليس من شرطه، وإن لم يكن معتبراً لكونه، مدفوعاً فقد استغنى عن ذكره بذكر الدليل الأول. ويمكن أن يجاب عنه بأن الراكب مباشر فيما إذا تلف بالوطء لأنه يحصل التلف بالثقل كما تقدم، وليس الكلام هنا في ذلك وإنما هو في النفح بالرجل والضرب باليد والصدمة فكانا متسببين وترجح الناخس في الغريم للتعدي ا هـ كلامه. أقول: في الجواب نظر، لأن حاصله اختيار الشق الأول من الترديد ومنع كون الراكب مباشراً فيما نحن فيه، فيصير حينئذٍ مدار هذا الدليل أن يكون فعل الراكب معتبراً فيلزم أن يكون مضمون هذا الدليل منافياً لمضمون الدليل المتقدم عليه، لأن مداره أن لا يكون فعل الراكب معتبراً لكونه مدفوعاً بدفع الناخس فيتدافعان، اللّهم إلا أن يحمل أحدهما على الفرض والآخر على التحقيق فتأمل قوله: **(وإن نخسها بإذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها، ولا ضمان عليه في نفحتها لأنه أمره بما يملكه، إذ النخس في معنى السوق فيصبح أمره به وانتقل إليه لمعنى الأمر)** أقول: لقائل أن يقول: هب أن النخس في معنى السوق وأن الراكب كان يملكه فأمر الناخس به، ولكن الأمر به إنما يتناوله من حيث أنه سوق لا من حيث أنه إتلاف كما سيجيء التصريح به في المسألة الآتية، فمن حيث أنه إتلاف ينبغي أن يقتصر على الناخس ولا ينتقل إلى الراكب فيجب على الناخس الضمان لتعدّيه في الإتلاف كما في المسألة الآتية فتفكر في الفرق ولعله تسكب فيه العبرات قوله: **(ولو وطئت رجلاً في سيرها وقد نخسها الناخس بإذن الراكب فالدية عليهما جميعا إذا كانت في فورها الذي نخسها، لأن سيرها في تلك الحالة مضاف إليهما)** أقول: ولقائل أن يقول: الراكب

رحمه الله، وإنما قال ذلك لأن المعمول به في هذا الباب النص وهو ورد في عين واحدة فيقتصر عليه. وقوله: **(أو نخسها)** يعني بغير إذن الراكب والنخس هو الطعن، ومنه نخاس الدواب دلالها. فإن قيل: القياس يقتضي أن يكون الضمان على الراكب لكونه مباشراً وإن لم يكن متعدياً لأن التعدي ليس من شرطه، فإن لم يختص به فلا أقل من الشركة. فالجواب أن القياس يترك بالأثر، وفيه أثر عمر وابن مسعود رضي الله عنهما، وقد أشار المصنف رحمه الله إلى الجواب بقولِهِ ولأن الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس، لأن فعل الراكب قد انتقل إلى الدابة لأن الوثبة المهلكة إنما كانت منها فكان مضطراً في حركته، وفعل الدابة قد انتقل إلى الناخس لكونه الحامل لها على ذلك ملجئاً فكان الناخس بمنزلة الدافع للدابة والراكب معاً

الراكب، والشرط ليس شرطاً له نفسه، بل لاعتباره في التغريم فيؤول المعنى إلى ما ذكرنا قوله: **(لا يصلح معارضاً)** أقول: أي لا يصلح فعل الراكب معارضاً لفعل الناخس قوله: **(ولعل معناه الخ)** أقول: فيه بحث قوله: **(وليس بشيء فتأمل)** أقول: لورود النظر المذكور آنفا قال المصنف: **(إذا كانت في فورها الذي نخسها)** أقول: قوله الذي بدل من الضمير المضاف إليه، وتذكير اسم الموصول بنوع تأويل أو صفة له على مذهب الكسائي قوله: **(يعني ونخس بغير إذن الراكب الخ)** أقول: فيه بحث، فإنه إذا كان التلف بالوطء في فور النخسة فعلى عاقلة الراكب نصف الدية، وفي عتق العبد نصف الدية يدفعه مولاه أو يفديه على ما صرحوا به إذا كان النخس بإذن الراكب. قال العلامة الكاكي: إلا أن المولى يرجع على الآمر بالأقل من قيمة العبد ونصف الدية لأنه صار غاصباً للعبد باستعماله إياه في نخس الدابة، وإذا لحقه ضمان بذلك السبب كان للمولى أن يرجع على المستعمل له اهـ.

الذي نخسها) لأن سيرها في تلك الحالة مضاف إليهما، والإذن يتناول فعله السوق ولا يتناوله من حيث أنه إتلاف، فمن هذا الوجه يقتصر عليه والركوب، وإن كان علة للوطء فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط أو علة للسير والسير علة للوطء وبهذا لا يترجح صاحب العلة، كمن جرح إنساناً فوقع في بئر حفرها غيره على قارعة الطريق ومات فالدية عليهما لما أن الحفر شرط علة أخرى دون علة الجرح كذا هذا. ثم قيل: يرجع الناخس على الراكب بما ضمن في الإيطاء لأنه فعله بأمره. وقيل لا يرجع وهو الأصح فيما أراه، لأنه لم يأمره بالإيطاء والنخس ينفصل عنه، وصار كما إذا أمر صبياً يستمسك على الدابة بتسييرها فوطئت إنساناً ومات حتى ضمن عاقلة الصبيّ فإنهم لا يرجعون على الآمر لأنه أمره بالتسيير والإيطاء ينفصل عنه، وكذا إذا ناوله سلاحاً فقتل به آخر حتى ضمن لا يرجع على الآمر، ثم الناخس إنما يضمن إذا كان الإيطاء في فور النخس حتى يكون السوق مضافاً إليه، وإذا لم

مباشر فيما أتلف بالوطء لحصول التلف بثقله وثقل الدابة جميعاً كما صرحوا به، والناخس مسبب كما مر في الكتاب، وإذا اجتمع المباشر والمسبب فالإضافة إلى المباشر أولى كما صرحوا به سيما في مسألة الراكب والسائق، فما بالهم خرموا هنا بإضافة الفعل إلى الراكب والناخس معاً وحكموا بوجوب الدية عليهما جميعاً فتدبر قوله: **(والإذن يتناول فعله من حيث السوق ولم يتناوله من حيث أنه إتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه)** قال في النهاية: أي يقتصر الضمان على الناخس. أقول: ليس هذا بشرح صحيح، إذ مقتضى هذا الوجه وهو حيثية كون فعل الناخس إتلافاً أن يكون الناخس متعدياً بكونه مسبباً لجناية الدابة، ولا يلزم منه أن لا يوجد هناك مسبب آخر أو مباشر حتى يلزم اقتصار الضمان على الناخس وقد يوجد في مسألتنا، فإن الراكب فيها مباشر، ولا أقل من أن يكون أيضا مسبباً فلا يقتصر الضمان على الناخس بل يجب عليه وعلى الراكب جميعاً كما هو جواب المسألة. فالصواب أن مراد المصنف بقوله فمن هذا الوجه يقتصر عليه: أي فيمن هذا الوجه يقتصر فعل الناخس وهو النخس على الناخس: أي لا ينتقل إلى الآمر وهو الراكب، كما ينتقل إليه من وجه آخر وهو حيثية كونه سوقاً كما في المسألة الأولى، فحينئذٍ ينتظم الكلام ويتم المرام كما لا يخفى على ذوي الأفهام قوله: **(والناخس إذا كان عبداً فالضمان في رقبته)** قال في العناية: قوله والناخس إذا كان عبداً: يعني ونخس بغير إذن الراكب فالضمان في رقبته يدفع بها أو يفدي ا هـ. وقال بعض الفضلاء. فيه بحث، فإنه إذا كان التلف بالوطء في فور النخسة فعلى عاقلة الراكب نصف الدية، وفي عنق العبد نصف الدية يدفع مولاه أو يفديه على ما صرحوا به إذا كان النخس بإذن الراكب اهـ. أقول: بحثه ساقط، فإن مراد صاحب العناية أن جواب هذه المسئلة على وجه الإطلاق من غير تفصيل كما ذكر في الكتاب إنما هو فيما إذا نخس بغير إذن الراكب، لأنه لا يتصوّر كون الضمان في رقبته في شيء من الصور إلا إذا كان نخس بغير إذن الراكب، لا أنه يتصور حتى يتجه عليه أن في صورة التلف بالوطء في فور النخس يجب على العاقلة الراكب نصف

على ما فعل في الدابة، والمدفوع إلى الشيء وإن كان مباشراً لا يعتبر مباشراً كما في لإكراه الكامل، فلا يجب عليه جزاء المباشرة إن فرض مباشراً ولا التسبب أيضاً لأنه يعتمد التعدّي وهو مفقود. فإن قيل: ما بال النفحة أوجبت الضمان على الناخس دون الراكب والسائق أيضاً عند أكثر المشايخ رحمهم الله وهي مما لا يمكن التحرز عنها فالجواب أنها لا توجبه على السائق إذا كان بالإذن وها هنا بلا إذن، فلو نخس وهو مأذون كان سائقاً، وإمكان التحرز إنما يمكن في حق غير المتعدي وغير المأذون بذلك متعد فلا يعتبر. وقوله: **(ولأن الناخس متعدٍ في تسببه)** دليل آخر، وفيه نظر لأن الراكب إن كان فعله معتبراً فهو مباشر والتعدي ليس من شرطه، وإن لم يكن معتبراً لكونه مدفوعاً فقد استغنى عن ذكره بذكر الدليل الأول. ويمكن أن يجاب عنه بأن الراكب مباشر فيما إذا أتلفت بالوطاء لأنه يحمل التلف بالثقل كما تقدم، وليس الكلام ها هنا في ذلك، وإنما هو في النفح بالرجل والضرب باليد والصدمة فكان متسببين، وترجح الناخس في التغريم للتعدي، وفي استعمال الترجيح ها هنا تسامح، لأن شرطه إذا كان مفقوداً لا يصلح معارضاً حتى يحتاج إلى الترجيح، ولعل معناه اعتبر موجباً في التغريم لأن الترجيح سبب الاعتبار فكان ذكر السبب وإرادة المسبب، وقوله: **(لما بيناه)** إشارة إلى قوله ولأن الراكب

يكن في فور ذلك فالضمان على الراكب لانقطاع أثر النخس فبقي السوق مضافاً إلى الراكب على الكمال **(ومن قاد دابة فنخسها رجل فانفلتت من يد القائد فأصابت في فورها فهو على الناخس وكذا إذا كان لها سائق فنخسها غيره لأنه مضاف إليه، والناخس إذا كان عبداً فالضمان في رقبته، وإن كان صبياً ففي ماله لأنهما مؤاخذان بأفعالهم)** ولو نخسها شيء منصوب في الطريق فنفحت إنساناً فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشيء لأنه متعدّ بشغل الطريق فأضيف إليه كأنه نخسها بفعله، والله أعلم.

الدية وفي رقبة العبد نصفها إذا كان النخس بإذن الراكب كما صرحوا به، ويرشد إلى كون مراد صاحب العناية ما ذكرناه أن صاحب النهاية وغيره قالوا في شرح قول المصنف والناخس إذا كان عبداً فالضمان في رقبته، هذا إذا نخسه بغير إذن الراكب، وأما إذا نخسه بإذن الراكب فلا يخلو إما إن كانت من الدابة نفحة أو وطء فقد ذكر حكمها في المبسوط. وقال: إذا كان الرجل يسير في الطريق فأمر عبد الغير فنخس دابته فنفحت فلا ضمان على واحد منهما، لأن فعل المأمور كفعل الآمر عبداً كان المأمور أو حراً، وإن وطئت في فورها ذلك إنسان فقتله فعلى عاقلة الراكب نصف الدية وفي عتق العبد نصف الدية يدفعه مولاه أو يفديه بمنزلة السائق مع الراكب، إلا أن المولى يرجع على الآمر بالأقل من قيمة العبد ومن نصف الدية لأنه صار غاصباً للعبد باستعماله إياه في نخس الدابة، فإذا لحقه ضمان بذلك السبب كان للمولى أن يرجع به على المستعمل له اهـ. تأمل.

والمركب مدفوعان، وفي النهاية هو قوله لأنه متعد في تسبيبه وليس بشيء فتأمل. وقوله: **(والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء)** يعني يجب الضمان على الناخس في كل حال، وقيد بملكه احترازاً عما تقدم من الإيقاف في غير الملك فإنه يتنصف الضمان هناك على عاقلتهما. وقوله: **(والثاني)** أي الوطء **(مضاف إلى الناخس)** لأنه كالسائق لها والسائق مع الراكب يضمنان ما وطئته الدابة، وهذه رواية ابن سماعة عن أبي يوسف رحمهما الله. وقوله: **(مضاف إليهما)** أي إلى الراكب والناخس. وفي بعض النسخ إليها: أي إلى النخسة. وقوله: **(ولا يتناوله من حيث أنه إتلاف)** لوجود انفصال السوق عن الإتلاف فليس عينه ولا من ضروراته. وقوله: **(يقتصر عليه)** أي على الناخس لأن الراكب أذن له بالسوق لا بالإيطاء والإتلاف. وقوله: **(والركوب وإن كان علة)** جواب سؤال تقريره الراكب صاحب علة للوطء على معنى أنه يستعمل رجل الدابة في الوضع والرفع فكان ذلك بمنزلة فعل رجله حقيقة، ولهذا يجب عليه الكفارة دون الناخس، والناخس صاحب شرط في حق فعل الوطء، والإضافة إلى العلة أولى. ووجهه أن الركوب وإن كان علة للوطء لكن النخس ليس بشرط لهذه العلة لتأخره عن الركوب، بل هو شرط أو علة للسير والسير علة للوطء، فكان الوطء ثابتاً بعلتين فيجب الضمان عليهما، وقد مثل لذلك بما ذكر في الكتاب وهو واضح. وقوله: **(وصار كما إذا أمر صبياً يستمسك)** إنما قيد بذلك لأنه إذا لم يستمسك فلا ضمان على أحداً، أما على الصبيّ فلأن مسكه بمنزلة الحمل على الدابة فلا يضاف السير إليه وأما على الرجل فلأنه لم يسيرها، وإذا لم يضف سيرها إلى أحد كانت منفلتة وفعلها جبار. وقوله: **(والناخس إذا كان عبداً)** يعني ونخس بغير إذن الراكب فالضمان في رقبته يدفع بها أو يفدي، والباقي ظاهر إلى آخره والله أعلم.

باب جناية المملوك والجناية عليه

قال: **(وإذا جنى العبد جناية خطإ قيل لمولاه إما أن تدفعه بها أو تفديه)** وقال الشافعي: جنايته في رقبته يباع فيها إلا أن يقضي المولى الأرش وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق. والمسألة مختلفة بين الصحابة رضوان الله عليهم. له أن الأصل في موجب الجناية أن يجب على المتلف لأنه هو الجاني، إلا أن العاقلة تتحمل عنه، ولا عاقلة للعبد لأن العقل عندي بالقرابة ولا قرابة بين العبد ومولاه فتجب في ذمته كما في الدين، ويتعلّق برقبته يباع فيه

باب جناية المملوك والجناية عليه

لما فرغ من بيان أحكام جناية المالك وهو الحر والجناية عليه شرع في بيان أحكام جناية المملوك وهو العبد، وأخره لانحطاط رتبة العبد عن رتبة الحر، كذا في الشروح. أقول: فيه شيء، وهو أن لقائل أن يقول: ما وقع الفراغ من بيان أحكام جناية الحرّ مطلقاً بل بقي منه بيان حكم جناية الحر على العبد وهو إنما يتبين في هذا الباب، وكذا ما وقع الفراغ من بيان أحكام الجناية على الحر مطلقاً بل بقى منه بيان حكم جناية العبد على الحر، وهو أيضاً إنما يتبين في هذا الباب، فالأظهر أن يقال لما فرغ من بيان جناية الحرّ على الحرّ شرع في بيان جناية المملوك والجناية عليه، ولما كان فيه تعلق بالمملوك البتة من جانب أخرّه لانحطاط رتبة المملوك عن المالك. ثم قال صاحب العناية: لا يقال العبد لا يكون أدنى منزلة من البهيمة فكيف أخر باب جنايته عن باب جناية البهيمة، لأن جناية البهيمة كانت باعتبار الراكب أو السائق أو القائد وهو ملاك اهـ. أقول: فيه أيضاً شيء. إذ لقائل أن يقول: إن أراد أن جناية البهيمة كانت البتة باعتبار الراكب أو السائق أو القائد فهو ممنوع فإن جنايتها بطريق النفحة برجلها أو ذنبها وهي تسير لا يكون باعتبار أحد منهم. وإلا لوجب عليهم الضمان في تلك الصورة، وليس كذلك كما عرف في بابها، وكذا الحال فيما إذا أصابت بيدها أو رجلها حصاة أو نواة أو أثارت غباراً أو حجراً صغيراً ففقأ عين إنسان أو أفسد ثوبه. وكذا إذا انفلتت فأصابت مالاً أو آدمياً ليلاً أو نهاراً كما عرف كل ذلك أيضاً ذلك في بابها، وإن أراد أن جنايتها قد تكون باعتبار أحد منهم فهو مسلم ولكن لا يتم به تمام التقريب. ويمكن أن يقال: الصور التي لا يجب فيها من فعل البهيمة ضمان على أحد بل يكون فعلها هدراً مما لا يترتب عليه حكم من أحكام الجناية في الشرع، وإنما ذكرت في بابها استطراداً، وبناء الكلام هنا على ماله حكم من الأحكام الشرعية فيتم التقريب قوله:

باب جناية المملوك والجناية عليه

لما فرغ من بيان أحكام جناية المالك وهو الحرّ والجناية عليه شرع في بيان أحكام جناية المملوك وهو العبد، وأخره لانحطاط رتبته عن رتبته. لا يقال: العبد لا يكون أدنى منزلة من البهيمة فكيف أخر باب جنايته عن باب جناية البهيمة، لأن جناية البهيمة كانت باعتبار الراكب أو السائق أو القائد وهم ملاك. قال: **(وإذا جنى العبد جناية خطإ)** اعلم أن التقييد بالخطإ هنا مفيد في الجناية في النفس، لأنه إذا كان عمداً يجب القصاص، وأما فيما دون النفس فلا يفيد لأن خطأ العبد وعدمه فيما دون النفس سواء فإنه يوجب المال في الحالين، إذ القصاص لا يجري بين العبد والعبد ولا بين العبيد والأحرار فيما دون النفس وقوله: **(قيل لمولاه إما تدفعه بها أن تفديه)** يعني بعد الاستيفاء، فإنه لا يقضي على المولى بشيء في ذلك حتى يبرىء المجنى عليه اعتباراً لجناية العبد بجناية الحر، وقد بينا أنه يستأني في جناية الحرّ لأن موجبها يختلف بالسراية وعدمها، والقضاء قبل الاستيفاء قضاء بالمجهول وهو لا يجوز. وقوله: **(وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق)** فعنده الوجوب على العبد فيتبعه المجنى عليه بعد العتق، وعندنا الوجوب على المولى دون العبد فلا يتبعه بعد العتق لأنه بالعتق صار مختاراً للفداء وقوله: **(والمسألة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم)** فعن ابن عباس رضي الله عنهما مثل مذهبنا، قال: إذا جنى

باب جناية المملوك والجناية عليه

قوله: **(فعن ابن عباس مثل مذهبنا قال: إذا جنى العبد)** أقول: يعني قال ابن عباس: إذا جنى العبد الخ.

كما في الجناية على المال. ولنا أن الأصل في الجناية على الآدمي حالة الخطإ أن تتباعد عن الجاني تحرزاً عن استئصاله والإجحاف به، إذ هو معذور فيه حيث لم يتعمد الجناية، وتجب على عاقلة الجاني إذا كان له عاقلة،

(والمسألة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم)[1] قال في الكافي والكفاية: فعن ابن عباس رضي الله عنه مثل مذهبنا، وعن عمر وعليّ رضي الله عنهما مثل مذهبه. وقال تاج الشريعة عن ابن عباس رضي الله عنه كما هو مذهبنا، وعن عمر وعليّ رضي الله عنهما كما هو مذهبهما، فإنهما قالا: عبيد الناس أموالهم، وجنايتهم في قيمتهم: أي أثمانهم، وقال في غاية البيان: روى أصحابنا كالقدوري وغيره في كتبهم عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال: إذا جنى العبد إن شاء دفعه وإن شاء فداه. وعن عمر رضي الله عنه أنه قال: عبيد الناس أموالهم، وجنايتهم في قيمتهم وعن علي رضي الله عنه مثله. وقال في معراج الدراية: روي عن عليّ رضي الله عنه أنه قال: عبيد الناس أموالهم جزاء جنايتهم في رقاب الناس كمذهبنا، وهكذا روي عن ابن عباس ومعاذ بن جبل وأبي عبيدة بن الجراح رضي الله عنهم. وروي عن عمر رضي الله عنه مثل مذهبه، فإنه قال: عبيد الناس أموالهم جزاء جنايتهم في قيمتهم: أي في أثمانهم، لأن الثمن قيمة العبد اهـ. أقول: قد اضطربت كلماتهم في الرواية عن علي رضي الله عنه. فبعضهم نقل الرواية عنه مثل مذهب الخصم وبعضهم نقلها عنه مثل مذهبنا كما ترى، ثم أقول: قد خالف الكل هنا صاحب البدائع حيث قال: ولنا إجماع الصحابة رضي الله عنهم، فإنه روي عن عليّ وعبد الله بن عباس مثل مذهبنا بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم، ولم ينقل الإنكار عليهما من إحد منهم إجماعاً منهم ا هـ. ولا يخفى أنه يخالف قول العامة والمسألة مختلفة بين الصحابة رضي الله تعالى عنهم قوله: **(ولنا أن الأصل في الجناية على الآدمي في حالة الخطأ أن تتباعد عن الجاني الخ)** قال صاحب العناية: فيه بحث، وهو أن الحكم في المسألة مختلف، فإن حكمها عندنا على المولى وعنده الوجوب على العبد كما ذكرنا وهو بناه على أصل ونحن على أصل فمن أين يقوم لأحدنا حجة على الآخر. ويمكن أن يقال: الشافعي رحمه الله تعالى جعل وجوب موجب جنايته في ذمته كوجوب الدين في ذمته كوجوب الجناية على المال، فنحن إذ بينا الفرق بينهما بقي أصله فبطل. وقد بين المصنف ذلك بقوله بخلاف الذمي فإنهم لا يتعاقلون فيما بينهم فتجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر. وقوله وبخلاف الجناية على المال لأن العواقل لا تعقل المال فيجب في ذمته، وأما أصلنا فهو ثابت في نفسه مستنداً إلى النص الذي لا يعقل إبطاله

العبد إن شاء دفعه وإن شاء فداه، وهكذا روي عن عليّ ومعاذ بن جبل رضي الله عنهما وغيرهما. وروي عن عليّ رضي الله عنه مثل مذهبه. قال: عبيد الناس أموالهم جزاء جنايتهم في قيمتهم: أي في أثمانهم لأن الثمن قيمة العبد. وقوله: **(فتجب في ذمته)** أي في ذمة العبد كما في الدين، فإن الدين في ذمته يكون شاغلاً لمالية رقبته يباع فيه إلا أن يقضي المولى دينه كذلك ضمان الجناية وكذا في الجناية على المال، وفي بعض النسخ كما في الذمي يعني إذا قتل الذمي رجلاً خطأ تجب ديته في ذمته لا على عاقلته كما في إتلاف المال. وقوله بعد هذا بخلاف الذمي يدل على صحة هذه النسخة. وقوله: **(ولنا أن الأصل الخ)** ظاهر، وفيه بحث، وهو أن الحكم في المسألة مختلف. فإن حكمهما عندنا الوجوب على المولى وعنده الوجوب على العبد كما ذكرنا، وهو بناه على أصل ونحن على أصل، فمن أي يقوم لأحدنا حجة على الآخر. ويمكن أن يقال: الشافعي رحمه الله جعل موجب جنايته في ذمته كوجوب الدين في ذمته وكوجوب الجناية على المال، ونحن إذ بينا الفرق بينهما بقي أصله بلا أصل فبطل، وقد بين المصنف رحمه الله ذلك بقوله بخلاف الذمي فإنهم لا يتعاقلون فيما بينهم

قوله: **(وأما أصلنا فهو ثابت في نفسه مستنداً إلى النص لا يعقل إبطاله)** بل النص يدل على خلافه وهو حديث «لا تعقل العواقل عمداً ولا عبداً» الحديث.

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية ٣٨٩/٤. روى ابن ابن شيبة في مصنفه عن علي قال: ما جنى العبد ففي رقبته، ويخير مولاه، وإن شاء فداه، وإن شاء دفعه.

والمولى عاقلته لأن العبد يستنصر به، والأصل في العاقلة عندنا النصرة حتى تجب على أهل الديوان، بخلاف الذمي لأنهم لا يتعاقلون فيما بينهم فلا عاقلة فتجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر، وبخلاف الجناية على المال لأن العواقل لا تعقل المال، إلا أنه يخير بين الدفع والفداء لأنه واحد، وفي إثبات الخيرة نوع تخفيف في حقه كيلا يستأصل، غير أن الواجب الأصلي هو الدفع في الصحيح، ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب وإن كان له حق النقل إلى الفداء كما في مال الزكاة، بخلاف موت الجاني الحرّ لأن الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر. قال: (**فإن دفعه ملكه وليّ الجناية وإن فداه فداه بأرشها وكل ذلك يلزمه حالاً**) أما الدفع فلأن التأجيل في الأعيان باطل وعند اختياره الواجب عين، وأما الفداء فلأنه جعل بدلاً عن العبد في الشرع

ليس بمقيس على ما يبطل بإبداء الفارق، إلى هنا كلامه. **أقول**: جوابه ليس بتام. أما أوّلاً فلأنه لا شك أن مدار دليل الشافعي ليس على قياس وجوب موجب جناية العبد في ذمته على وجوب الدين في ذمته ووجوب الجناية على المال في ذمته حتى يلزم الفرق بين المقيس والمقيس عليه أن يبقى مذهبه بلا أصل، بل مدار دليله على أن لا عاقلة للعبد بناء على أن العقل عنده بالقرابة لا غير، وإنما ذكر وجوب الدين في ذمته ووجوب الجناية على المال في ذمته في ذيل دليله لمجرد التنظير كما يرشد إلى ذلك كله تقرير المصنف، فلا يلزم من بيان الفرق بين مسألتنا وبين ما ذكره بطريق التنظير بقاء أصله بلا أصل كما لا يخفى. وأما ثانياً فلأن للشافعي أن يقول: أصلنا مستند إلى النص كما أن أصلكم مستند إلى النص، وهو ما روي عن عمر رضي الله عنه ليس بمقيس على ما يبطل بإبداء الفرق، ثم أقول: الحق في الجواب عن البحث المذكور أن يقال: الكلام في تعليل هذه المسألة من قبيل ردّ المختلف إلى المختلف وهو أن العاقلة من هي؟ فقال الشافعي هي أهل العشيرة، وقلنا هي أهل النصرة، وقد ذكر ذلك في أوائل كتاب المعاقل مدللاً ومفصلاً، وقد قامت لنا حجة على الشافعي هناك فاكتفينا هنا بجعل ذلك المختلف أصلاً لهذا

فتجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر، وبقوله وبخلاف الجناية على المال لأن العواقل لا تعقل المال فتجب في ذمته. وأما أصلنا فهو ثابت في نفسه مستنداً إلى النص الذي لا يعقل إبطاله ليس بمقيس على أصل يبطل بإبداء الفارق، على أن قوله إن الأصل في موجب الجناية أن يجب على المتلف يبطل أيضاً بقولنا الأصل ذلك في موجب الجناية العمد أو الخطإ والأول مسلم ولا يفيده، إذ الكلام في الخطإ والثاني عين النزاع. وقوله: (**لأنه هو الجاني غير مفيد**) لأنه يحتاج أن يقول: والأصل في الجاني أن يكون موجب جنايته على نفسه لأنه المتلف فهو مصادرة على المطلوب. وقوله: (**إلا أنه يخير**) استثناء من قوله والمولى عاقلته جواب عما يقال لو كان المولى عاقلته لما كان مخيراً كما في سائر العواقل. ووجه ذلك ما ذكره في الكتاب، وتحقيقه أن الخطأ يوجب التخفيف، ولما كان في سائر العواقل كثرة ظهر فيها بالتوزيع والقسمة على وجه لا يوجب الإجحاف، وأما ها هنا فالمولى واحد فأظهرناه فيه بإثبات الخيار. وقوله: (**غير أن الواجب الأصلي هو الدفع**) جواب عما يقال لو وجب الجناية في ذمة المولى حتى وجب التخيير لما سقط بموت العبد كما في الحرّ الجاني إذا مات فإن العقل لا يسقط عن عاقلته. ووجهه أن الواجب الأصلي هو الدفع، وإن كان له حق النقل إلى الفداء كما في مال الزكاة فإن الموجب الأصلي فيه جزء من النصاب، وللمالك أن ينتقل إلى القيمة (**ولهذا**) أي ولكون الواجب الأصلي هو الدفع يسقط الموجب بموت العبد لفوات المحل. وقوله: (**في الصحيح**) احتراز عن رواية أخرى ذكرها التمرتاشي رحمه الله أن الدية هو الأصل، ولكن للمولى أن يدفع هذا الواجب بدفع الجاني، وإنما كان ذلك صحيحاً لما ذكر في الأسرار أن بعض مشايخنا رحمهم الله ذكر أن الواجب الأصلي هو الأرش على المولى وله المخلص بالدفع. ثم قال: والرواية بخلاف هذا في غير موضع، وقد نص محمد بن الحسن رحمه الله أن الواجب هو العبد. وقوله: (**بخلاف موت الحرّ الجاني**) جواب عما يذكر ها هنا مستشهداً به كما ذكرناه آنفاً، ووجهه أن الواجب لا يتعلق بالحرّ استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر في أنها تجب عن العبد على

قال المصنف: (**والمولى عاقلته لأن العبد يستنصر به**) أقول: أليس يخالف ما قلنا لحديث «لا تعقل العواقل عمداً ولا عبداً» قوله: (**والقسمة على وجه لا يورث الإجحاف**) أقول: الظاهر أن يقال: لا يؤثر الإجحاف.

وإن كان مقدراً بالمتلف ولهذا سمي فداء فيقوم مقامه ويأخذ حكمه فلهذا وجب حالاً كالمبدل **(وأيهما اختاره وفعله لا شيء لوليّ الجناية غيره)** أما الدفع فلأن حقه متعلق به، فإذا خلى بينه وبين الرقبة سقط، وأما الفداء فلأنه لا حق له إلا الأرش، فإذا أوفاه حقه سلم العبد له، فإن لم يختر شيئاً حتى مات العبد بطل حق المجني عليه لفوات محل

المختلف كما ترى قوله: **(والمولى عاقلته لأن العبد يستنصر به)** قال بعض الفضلاء: ليس يخالف هذا حديث «لاتعقل العواقل عمداً ولا عبداً»[1] اهـ. وقال صاحب التسهيل: يشكل هذا على مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن العبد إذا جنى على الحرّ لا يعقله العاقلة عنده فلا يصح هذا التعليل على مذهبه اهـ. وذكره أيضاً بعض العلماء في حاشيته على شرح صدر الشريعة للوقاية أخذاً من التسيهل كما هو حاله في أكثر إيراداته في تلك الحاشية. أقول: في الجواب عما ذكره كلهم هنا أن لفظة العاقلة إنما تطلق على الجماعة لا على الواحد كما يفصح عنه كلام الفقهاء وكلمات أهل اللغة أيضاً، فإن الفقهاء قالوا: العاقلة الذين يعقلون: أي يؤدون العقل وهو الدية كما سيجيء في الكتاب. وفي المغرب: العاقلة هي الجماعة التي تغرم الدية، وهم عشيرة الرجل أو أهل ديوانه: أي الذين يرتزقون من ديوان على حدة اهـ. وقال في الصحاح: وعاقله الرجل عصبته. وهم القرابة من قبل الأب الذين يعطون دية من قتله خطأ، وقال أهل العراق: هم أصحاب الدواوين اهـ. إلى غير ذلك من المعتبرات. فإذا تقرر هذا تبين أن المراد بما في الحديث أن العواقل التي هي الجماعات لا تعقل عبداً كما تعقل حراً، وأن مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى هو أن العبد إذا جنى على الحرّ لا تعقله العاقلة: أي الجماعة بل يغرم مولاه جنايته، فقول المصنف وغيره هنا والمولى عاقلته من قبيل التشبيه البليغ، ومعناه والمولى كعاقلته لأن العبد يستنصر الحرّ بعاقلته يرشد إليه قول صاحب الكافي في كتاب المعاقل: لا تعقل العاقلة ما جنى العبد على حرّ لأن المولى في كونه مخاطباً بجناية العبد بمنزلة العاقلة ولا يتحمل عن العاقلة عواقلهم فكذا لا يتحمل جناية العبد عاقلة مولاه اهـ. فلا يخالف ما ذكروا هنا حديث «لا تعقل العواقل عمداً ولا عبداً»[2] ولا يشكل هذا على مذهب أئمتنا من أنّ العبد إذا جنى على الحرّ لا تعقله العاقلة فتبصر قوله: **(وأما الفداء فلأنه جعل بدلاً عن البعد في الشرع وإن كان مقداراً بالمتلف ولهذا سمي فداء فيقوم مقامه يأخذ حكمه فلهذا وجب حالاً كالمبدل)** قال في العناية قيل كون الشيء لا بد عن شيء لا يستلزم الاتحاد في الحكم؛ ألا يرى أن المال قد يقع بدلاً عن القصاص ولم يتحد في الحكم فإن القصاص لا يتعلق به حق الموصى له وإذا صار مالاً تعلق به، وكذلك التيمم بدل عن الوضوء والنية من شرطه دون الأصل دون ذلك. وأجيب أن الفداء لما وجب بمقابلة الجناية في النفس أو العضو أشبه الدية والأرش وهما يثبتان مؤجلاً وذلك يقتضي كون الفداء كذلك، ولما اختاره المولى كان ديناً في ذمته كسائر الديون وذلك يقتضي كونه كذلك، أي كسائر الديون حالاً، لأن الأجل في الديون عارض ولهذا لا يثبت إلا بالشرط كما تقدم، فتعارض جانب الحلول والأجل فترجح

المولى ولا تسقط بموت العبد قال: **(فإن دفعه ملكه وليّ الجناية)** فإن دفع المولى العبد الجاني ملكه المجني عليه **(وإن فداه فداه بأرش الجناية)** وكل ذلك يلزمه حالاً، أما الدفع فلأن الواجب عند اختياره عين العبد وهو ظاهر، فالتأجيل في الأعيان باطل لأن التأجيل شرع للتحصيل ترفها وتحصيل الحاصل باطل، وأما الفداء فإنه لما جعل بدلاً عن العبد في الشرع قام مقامه ولهذا سمي فداء فيأخذ حكمه. قيل كون الشيء بدلاً عن شيء لا يستلزم الاتحاد في الحكم، ألا ترى أن المال قد يقع بدلاً عن القصاص ولم يتحدا في الحكم، فإن القصاص لا يتعلق به حق الموصى له وإذا صار مالاً تعلق به، وكذلك التيمم بدل عن الوضوء والنية من شرطه دون الأصل وغير ذلك، وأجيب بأن الفداء لما وجب بمقابلة الجناية في النفس أو العضو أشبه الدية والأرش وهما يثبتان مؤجلاً وذلك يقتضي كون الفداء كذلك، ولما اختاره المولى كان ديناً في ذمته كسائر الديون وذلك

---

(١) تقدم في أواخر «فصل في الأطراف دون الرأس»

(٢) هو المتقدم. والصواب أنه موقوف غير مرفوع.

حقه على ما بيناه، وإن مات بعد ما اختار الفداء لم يبرأ لتحوّل الحق من رقبة العبد إلى ذمة المولى. قال: **(فإن عاد فجنى كان حكم الجناية الثانية كحكم الجناية الأولى)** معناه بعد الفداء لأنه لما طهر عن الجناية بالفداء جعل كأن لم تكن، وهذا ابتداء جناية. قال: **(وإن جنى جنايتين قيل للمولى إما أن تدفعه إلى ولي الجنايتين يقتسمانه على قدر حقيهما وإما أن تفديه بأرش كل واحد واحد منهما)** لأن تعلق الأولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها كالديون المتلاحقة؛ ألا ترى أن ملك المولى لم يمنع تعلق الجناية فحق المجنى عليه الأول أولى أن لا يمنع، ومعنى قوله على قدر حقيهما على قدر أرش جنايتهما **(وإن كانوا جماعة يقتسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم وإن فداه بجميع أروشهم)** لما ذكرنا **(ولو قتل واحداً وفقأ عين آخر يقتسمانه أثلاثاً)** لأن أرش العين على النصف من أرش النفس، وعلى هذا حكم الشجات **(وللمولى أن يفدي من بعضهم ويدفع إلى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه من العبد)** لأن الحقوق مختلفة باختلاف أسبابها وهي الجنايات المختلفة، بخلاف مقتول العبد إذا كان له وليان لم يكن له أن

جانب الحلول بكونه فرع أصل حال موافقه بين الأصل وفرعه، وهذا كلام حسن وإن لم يكن في لفظ المصنف ما يشعر به ا هـ. أقول: بل هو كلام قبيح، لأن الموافقة في الحكم بين الأصل وفرعه إن كانت أمراً لازماً أو راجحاً يرتفع السؤال عن أصلة، ويكفي ذكر هذه المقدمة في الجواب عنه. ويصير باقي المقدمات المذكورة في الجواب المزبور مستدركاً جداً، وإن لم تكن امراً لازماً ولا راجحاً فكيف يتم ترجيح جانب الحلول بكونه فرع أصل حال، وقال في العناية: ويجوز أن يقال: الأصل أن لا يفارق الفرع الأصل إلا بأمور ضرورية، فإن الأصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير إلا بأمور ضرورية، والمسائل المذكورة تغيرت بذلك لأن القصاص غير صالح لحق الموصى له بالمال فلا يتعلق حقه به، والتراب غير مطهر بطبعه فلم يكن بد من إلحاق النية به ليكون مطهراً شرعاً، بخلاف الماء، وفيما نحن فيه ليس أمر ضروري يمنعه عن الحلول الذي هو حكم أصله فيكون ملحقاً به ا هـ. أقول: فيه بحث، إذ كان حاصل السؤال أن كون الشيء بدلاً عن شيء لا يستلزم الاتحاد في الحكم فيلزم أن يكون المراد في الجواب بقوله الأصل أن لا يفارق الفرع الأصل إلا بأمور ضرورية، هو أن الأصل أن لا يفارقه في الحكم إلا بأمور ضروية، ولا يدل عليه التعليل الذي ذكره بقوله فإن الأصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير إلا

يقتضي كونه كذلك: أي كسائر الديون حالاً، لأن الأجل في الديون عارض ولهذا لا يثبت إلا بالشرط كما تقدم، فتعارض جانب الحلول والأجل فترجح جانب الحلول بكونه فرع أصل حال موافقة بين الأصل وفرعه، وهذا كلام حسن وإن لم يكن في لفظ المصنف رحمه الله ما يشعر به، ويجوز أن يقال الأصل أن لا يفارق الفرع الأصل إلا بأمور ضرورية، فإن الأصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير إلا بأمور ضرورية، والمسائل المذكورة تغيرت بذلك، وهو أن القصاص غير صالح لحق الموصى له بالمال فلا يتعلق حقه به والتراب غير مطهر بطبعه فلم يكن بد من إلحاق النية به ليكون مطهراً شرعاً بخلاف الماء، وفيما نحن فيه ليس أمر ضروري يمنعه عن الحلول الذي هو حكم أصله فيكون ملحقاً به. لا يقال: قد يتضرّر بوجوبه حالاً فهو ضرورة، لأن ذلك لزمه باختياره على الدفع فهو ضرر مرضي. وقوله: **(على ما بيناه)** إشارة إلى قوله غير أن الواجب الأصلي هو الدفع الخ **(وإن مات)** أي العبد الجاني بعد ما اختار المولى الفداء قولاً أو فعلاً لم يبرأ بموت العبد عن الفداء، وطولب بالفرق بين هذا وبين خصال كفارة اليمين فإن الحانث غير مخير، وإن عين أحدهما قولاً لم يتعين وها هنا قد تعين. وأجيب بأن حقوق العباد أوجب رعاية لاحتياجهم وذلك في التعيين قولاً وفعلاً، وأما حقوق الله تعالى فالمقصود منها الفعل فتيعن الواجب به. وقوله: **(لأن تعلق الأولى)** أي الجناية الأولى برقبته لا يمنع تعلق الجناية الثانية. فإن قيل: ما الفرق بين هذا وبين الرهن فإن تعلق حق المرتهن به يمنع تعلق الثاني به، حتى أن الراهن لو مات بعد الرهن وعليه ديون أخرى سوى دين المرتهن لحقته قبل الرهن أو بعده لا يتعلق سائر الديون بالرهن فقد منع تعلق الدين الأول برقبته غيره وها هنا لم يمنع. وأجيب بأن في الرهن إيفاء أو استيفاء حكماً فكأن المرتهن قد استوفاه فلا يتعلق به غيره، وليس في الجناية كذلك. وقوله: **(على قدر أرش جنايتهما)** لأن المستحق إنما يستحق عوضاً عما فات عليه فلا بد من أن يقسم على قدر المعوّض. وقوله: **(لما ذكرنا)** يعني قوله لأن تعلق الأولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية. وقوله: **(وعلى هذا حكم الشجات)** يعني لو شجّ

يفدي من أحدهما ويدفع إلى الآخر لأن الحق متحد لاتحاد سببه وهي الجناية المتحدة، والحق يجب للمقتول ثم للوارث خلافة عنه فلا يملك التفريق في موجبها. قال: (**فإن أعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية ضمن الأقل من قيمته ومن أرشها، وإن أعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه الأرش**) لأن في الأوّل فوّت حقه فيضمنه وحقه في أقلهما، ولا يصير مختاراً للفداء لأنه لا اختيار بدون العلم، وفي الثاني صار مختاراً لأن الإعتاق يمنعه من الدفع فالإقدام عليه اختيار منه للآخر، وعلى هذين الوجهين البيع والهبة والتدبير والاستيلاد، لأن كل ذلك مما يمنع الدفع لزوال الملك به، بخلاف الإقرار على رواية الأصل لأنه لا يسقط به حق ولي الجناية، فإن المقر له يخاطب بالدفع إليه، وليس فيه نقل الملك لجواز أن يكون الأمر كما قاله المقر وألحقه الكرخي بالبيع وأخواته لأنه ملكه في الظاهر فيستحقه المقر له بإقراره فأشبه البيع، وإطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس وما دونها، وكذا المعنى لا يختلف وإطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشتري لأنه يزيل الملك، بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع ونقضه، وبخلاف العرض على البيع لأن الملك ما زال، ولو باعه بيعاً فاسداً لم يصر مختاراً حتى يسلمه لأن الزوال به، بخلاف الكتابة الفاسدة لأن موجبه يثبت قبل قبض البدل فيصير بنفسه مختاراً، ولو باعه مولاه من المجني عليه فهو مختار،

بأمور ضرورية. إذ الظاهر أن معنى كون الأصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير إلا بأمور ضرورية هو كونه عندهم عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير نفسها إلا بالضرورة، لا كون عبارة عن حالة مستمرة لايتغير حكمها بعد أن تغيرت نفسها إلا بالضرورة، والمطلوب فيما نحن فيه هو الثاني دون الأول فلا يتم التقريب فتأمل تفهم قوله: (**وأما الفداء فلأنه لا حق له إلا الأرش**) أقول: فيه إشكال سيما في الحصر. إذ قد تقرّر فيما قبل أن الواجب الأصلي في جناية العبد هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب، إلا أنه كان للمولى حق النقل إلى الفداء كما في مال الزكاة، فإذن كان حق ولي الجناية منحصراً في الدفع على ما هو الواجب الأصلي في جناية العبد، فإن لم ينحصر فيه فما معنى حصره في الأرش بقوله لا حق إلا الأرش، وهذا يكون مناقضاً لما ذكره قبيله بقوله أما الدفع فلأن حقه يتعلق به قوله: (**وإطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس وما دونها**)

رجلاً موضحة وآخر هاشمة وآخر منقلة ثم اختار المولى الدفع يدفع إلى صاحب الموضحة سدس العبد لأن له خمسمائة، وإلى صاحب الهاشمة ثلثه لأن له ألفاً، وإلى صاحب المنقلة نصفه لأن له ألفاً وخمسمائة فيقتسمون الرقبة هكذا. وقوله: (**وهي الجنايات المختلفة**) يعني فجاز أن يختار في أحدهم خلاف ما اختاره في حق الآخر كما لو انفرد كل واحد منهم. وقوله: (**والحق يجب للمقتول**) جواب عما يقال: الحق وإن كان متحداً بالنظر إلى السبب فهو متعدد بالنظر إلى المستحقين فكان الواجب أن يكون حكم هذه المسألة مثل الأولى. ووجهه أنا لا نسلم أن المستحق متعدد بل هو واحد، لأن الحق يجب للمقتول الخ. لا يقال: الملك يثبت للوارث حقيقة وحكماً وللميت حكماً فقط، لأنه ليس من أهل الملك حقيقة فوجب ترجيح جانب الوارث، لأن ملك الميت أصل وملك الوارث متفرع عليه واعتبار الأصل أولى. قال: (**فإن أعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية**) الأصل في جنس هذه المسائل أن المولى إذا علم بجناية العبد وتصرف فيه فإن تصرف بما يعجزه عن الدفع صار مختاراً للفداء وإلا فلا، وإذا لم يعلم بالجناية لم يكن مختاراً للفداء لكن يضمن الأقل من قيمة العبد ومن أرش الجناية، وعلى هذا تخرّج الفروع المذكورة في الكتاب. وقوله: (**وعلى هذين الوجهين**) يعني قبل العلم وبعده. وقوله: (**بخلاف الإقرار على رواية الأصل**) يعني إذا جنى العبد جناية فقال وليها هو عبدك فادفعه أو افده فقال هو لفلان الغائب وديعة عندي أو عارية أو إجارة أو رهن لا يصير مختاراً للفداء لما ذكر في الكتاب، ولم تندفع عنه الخصومة حتى يقيم على ذلك بينة، فإن أقامها أخر الأمر إلى قدوم الغائب، وإن لم يقمها خوطب بالدفع أو الفداء ولا يصير مختار للدية مع تمكنه من الدفع، وقوله: (**وألحقه الكرخي بالبيع وأخواته**) في صيرورته مختاراً لما ذكر في الكتاب. قال في الإيضاح: وهو رواية خارجة عن الأصول، وقوله: (**وإطلاق الجواب**) يريد قوله ضمن الأقل من قيمته ومن أرشها الخ. وقيل يريد به قوله في أول الباب وإذا جنى العبد جناية خطأ فإنه ينتظم النفس وما دونه. وقوله: (**وكذا المعنى لا يختلف**) لأن كل واحد مال. وقوله: (**لأنه يزيل الملك**) لا خلاف في ذلك، وإنما الخلاف في الدخول في ملك المشتري وعدمه وليس بمحتاج إليه ها هنا، وقوله: (**بخلاف ما إذا كان**

بخلاف ما إذا وهبه منه لأن المستحق له أخذه بغير عوض وهو متحقق في الهبة دون البيع وإعتاق المجني عليه بأمر المولى بمنزلة إعتاق المولى فيما ذكرناه، لأن فعل المأمور مضاف إليه، ولو ضربه فنقصه فهو مختار إذا كان عالماً بالجناية لأنه حبس جزءاً منه وكذا إذا كانت بكراً فوطئها وإن لم يكن معلقاً لما قلنا بخلاف التزويج لأنه عيب من حيث الحكم، وبخلاف وطء الثيب على ظاهر الرواية لأنه لا ينقص من غير إعلاق؛ وبخلاف الاستخدام لأنه لا يختص بالملك، ولهذا لا يسقط به خيار الشرط ولا يصير مختاراً بالإجارة والرهن في الأظهر من الروايات، وكذا بالإذن في التجارة وإن ركبه دين، لأن الإذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة، إلا أن لوليّ الجناية أن يمتنع من قبوله لأن الدين لحقه من جهة المولى فلزم المولى قيمته. قال: **(ومن قال لعبده إن قتلت فلاناً أو رميته أو شججته فأنت حرّ فهو مختار للفداء إن فعل ذلك)** وقال زفر: لا يصير مختاراً للفداء لأن وقت تكلمه لا جناية ولا علم له

يريد قوله ضمن الأقل من قيمة ومن أرشها. وقيل يريد به قوله في أوّل الباب وإذا جنى العبد جناية خطأ فإنه ينتظم النفس وما دونها، كذا في العناية. أقول: لا يخفى على ذي فطرة سليمة أنه لا سداد لما ذكر ثانياً، لأن تأخير التعرض لإطلاق في ما في أوّل الباب إلى هنا مع كونه بعيداً عن نهج السداد في نفسه يمنع عن الحمل عليه قول المصنف وإطلاق الجواب، لأن الإطلاق هناك في المسألة لا في الجواب كما لا يخفى على ذوي الألباب فالمراد هو الأول لا غير قوله: **(وكذا بالإذن في التجارة وإن ركبه دين، لأن الإذن لا يفوّت الدفع ولا ينقص الرقبة)** أقول: في التعليل شيء وهو أنه إن أراد أن الإذن في التجارة وإن ركبه دين لا يفوّت الدفع بغير رضا وليّ الجناية فهو

الخيار للبائع ونقضه، وبخلاف العرض على البيع) يعني لا يصير مختاراً للفداء بهما لأن الملك ما زال، قيل المشتري بشرط الخيار إذا باع بشرط الخيار لنفسه كان مجيزاً للبيع والبائع بشرط الخيار لنفسه إذا عرض على البيع كان فاسخاً للبيع فلم لا يكون المولى بالبيع بشرط الخيار لنفسه أو بالعرض على البيع مختاراً للفداء؟ وأجيب بأن ثمة ضرورة لم تتحقق ها هنا، وهي أنه لو لم يجعل مجيزاً وفاسخاً هناك لكان تصرفه واقعاً في ملك الغير على تقدير تعذر الفسخ في الأولى وتقدير الإجازة في الثانية، وأما ها هنا فلو لم يجعل مختاراً للفداء بهذا التصرف لم يتبين بالدفع أنه تصرف في ملك الغير فافترقا. وقوله: **(بخلاف الكتابة الفاسدة)** بأن كاتب المسلم عبده الجاني على خمر أو خنزير فإنه يصير مختاراً للفداء لأن موجبه يثبت بنفس العقد وهو تعليق العتق بالأداء فكانت الكتابة نظير البيع الفاسد بعد القبض.

وقوله: **(فيما ذكرناه)** قيل يعني في اختيار الفداء، وقيل في العلم بالجناية وعدمه. وقوله: **(ولو ضربه فنقصه)** يعني بأن أثر فيه حتى صار مهزولاً أو قلت قيمته ببقاء أثر الضرب فهو مختار إذا كان عالماً بالجناية لأنه حبس جزءاً منه، وأما إذا ضربه ولم يعلم بها كان عليه الأقل من قيمته ومن الأرش إلا أن يرضى وليّ الدم أن يأخذه ناقصاً، ولا ضمان على المولى لأنه لما رضي به ناقصاً صار كأن النقصان حصل بآفة سماوية. وقوله: **(وكذا إذا كانت بكراً فوطئها)** يعني يصير به مختاراً للفداء، وإن لم يكن الوطء معلقاً لما قلنا إنه حبس جزءاً منه. وقوله: **(بخلاف التزويج)** يعني لا يصير به مختاراً للفداء لأنه لا يعجزه عن الدفع كما لا يعجزه عن البيع، وعلل المصنف رحمه الله بقوله: **(لأنه عيب من حيث الحكم)** وذلك لا يثبت به اختيار الفداء كما لو أقرّ عليها بالسرقة عالماً بالجناية، فإن بهذا الإقرار يدخلها نوع عيب، ولكن لما كان حكماً لم يثبت به اختيار الفداء، وفيه إشارة إلى ردّ طعن عيسى حيث قال: التزويج تعييب وبالتعييب ثبت اختيار الفداء كما لو ضرب على يديها وعيبها، وذلك لأن التعييب حقيقة يثبت به اختيار الفداء لأن فيه حبس جزء منها، وأما الحكمي فليس كذلك. وقوله: **(وبخلاف وطء الثيب)** فإن به لا يصير المولى مختاراً للفداء ما لم يكن معلقاً في ظاهر الرواية لأنه لا ينقص من غير إعلاق. وقوله: **(على ظاهر الرواية)** احتراز عما روي عن أبي يوسف رحمه الله أن مطلق الوطء يكون اختياراً لأن الحل يختص بالملك فكان الوطء دليلاً على إمساك العين، فإن قيل: ما الفرق بين هذا على ظاهر الرواية وبين البيع بشرط الخيار؟ فإن الوطء هناك فسخ للبيع

قوله: **(والراهن يتمكن من قضاء الدين الخ)** أقول: تعلق حق المجني عليه: يعني العبد سابقاً على تعلق حق الراهن يوجب صحة فسخ الرهن وإن نقص الدين على ما صرحوا به قوله: **(وإنما قلنا بجناية توجب الدية، لأنها لو كانت توجب القصاص لم يكن الخ)**

بوجوده، وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختاراً؛ **ألا ترى أنه لو علق الطلاق أو العتاق بالشرط ثم حلف أن لا يطلق أو لا يعتق ثم وجد الشرط وثبت العتق والطلاق لا يحنث في يمينه تلك، كذا هذا. ولنا أنه علق الإعتاق بالجناية** والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز فصار كما إذا أعتقه بعد الجناية؛ ألا يرى أن من قال لامرأته إن دخلت الدار فوالله لا أقربك يصير ابتداء الإيلاء من وقت الدخول، وكذا إذا قال لها إذا مرضت فأنت طالق ثلاثاً فمرض حتى طلقت ومات من ذلك المرض يصير فاراً لأنه يصير مطلقاً بعد وجود المرض، بخلاف ما أورد لأن غرضه طلاق أو عتق يمكنه الامتناع عنه، إذ اليمين للمنع فلا يدخل تحته ما لا يمكنه الامتناع عنه، ولأنه حرضه على مباشرة الشرط بتعليق أقوى الدواعي إليه والظاهر أنه يفعله، فهذا دلالة الاختيار. قال: **(وإذا قطع العبد يد رجل عمداً فدفع إليه بقضاء أو بغير قضاء فأعتقه ثم مات من قطع اليد فالعبد صلح بالجناية، وإن لم يعتقه ردّ على المولى وقيل للأولياء اقتلوه أو اعفوا عنه)** ووجه ذلك وهو أنه إذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح وقع باطلاً لأن الصلح كان عن المال لأن أطراف العبد لا يجري القصاص بينها وبين أطراف الحر فإذا سرى تبين أن المال غير واجب، وإنما الواجب هو القود فكان الصلح واقعاً بغير بدل فبطل والباطل لا يورث الشبهة، كما إذا وطىء المطلقة

ممنوع، كيف وقد قال متصلاً به إلا أن لوليّ الجناية أن يمتنع من قبوله، وإذا كان له ذلك يفوّت الدفع بغير رضاه قطعاً، وإن أراد أنه لا يفوّت الدفع برضا وليّ الجناية فهو مسلم، لكن يلزم حينئذٍ أن ينتقض هذا التعليل بما لو ضرب المولى العبد الجاني فنقصه فإنه يصير مختار للفداء هناك إذا كان عالماً بالجناية كما مر آنفاً، مع أنه يجري أن يقال هناك أيضاً: إن الضرب وإذا نقصه لا يفوت الدفع برضا وليّ الجناية، فإنه إذا رضي أن يأخذه ناقصاً ولا ضمان على المولى جاز كما صرحوا به. ويمكن الجواب عنه بأن قوله ولا ينقص الرقبة من تمام التعليل، ففي صورة ما إذا ضربه فنقصه إن لم يفت الدفع برضا وليّ الجناية نقصت الرقبة، فالتعليل المذكور هنا لم يجر بتمامه هناك فلم ينقض

وإن لم يكن معلقاً، وها هنا لا يكون اختياراً إلا إذا كان معلقاً. أجيب بأنه لو لم يجعل فسخاً للبيع وقع الوطء حراماً، لأنه إذا اختار الفداء بعد ذلك ملكها المشتري من حين العقد ولهذا يستحق زوائدها، فتبين أن الوطء حصل في غير ملكه فللتحرّز عن ذلك جعلناه فسخاً، وها هنا إذا دفعها بالجناية يملكها وليّ الجناية من وقت الدفع ولهذا لا يسلم له شيء من زوائدها فلا يتبين أن الوطء كان في غير ملكه وقوله: **(وبخلاف الاستخدام)** يعني لو استخدم العبد الجاني بعد العلم بالجناية لا يكون مختاراً للفداء، حتى لو عطب في الخدمة لا ضمان عليه لأن الاستخدام لا يختص بالملك فلم يدل على الاختيار ولا يصير مختاراً بالإجارة، والرهن في الأظهر لأن الإجارة تنقض بالاعذار فيكون قيام حق وليّ الجناية فيه عذراً في نقض الإجارة والراهن يتمكن من قضاء الدين واسترداد الرهن متى شاه فلم يتحقق عجزه عن الدفع بهذين الفعلين فلا يجعل ذلك اختياراً للفداء. وقوله: **(في الأظهر)** احترازاً عما ذكر في بعض نسخ الأصل أنه يكون مختاراً للإجارة والرهن لأنه أثبت عليه يداً مستحقة فصار كالبيع. وقوله: **(وكذا بالإذن في التجارة)** يعني لا يكون به مختاراً لأنه لا يعجزه عن الدفع ولا ينقص الرقبة **(إلا أن لوليّ الجناية أن يمتنع من قبوله لأن الدين لحقه من جهة المولى)** ووجوب الدين في ذمة العبد نقصان له، لأن الغرماء يتبعون ولي الجناية إذا دفع إليه فله أن يمتنع من قبوله. قال: **(ومن قال لعبده إن قتلت فلاناً)** ومن علق عتق عبده بجناية توجب الدية لا مثل أن يقول: إن قتلت فلاناً أو رميته أو شججته فأنت حرّ فهو مختار للفداء إن فعل ذلك خلافاً لزفر رحمه الله، لأن اختيار الفداء إنما يكون بعد الجناية والعلم بها، وعند التكلم ليس شيء منهما بموجود، وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختاراً، واستشهد بالمسألة المذكورة في الكتاب. وقوله: **(ولنا)** ظاهر. وقوله: **(ولأنه حرضه)** دليل آخر، ومعناه أن المولى حرض العبد على مباشرة الشرط وهو القتل أو الرمي أو الشج **(بتعليق أقوى الدواعي إليه)** أي إلى الشرط

أقول: لا يلزم مما ذكره المصنف وجوب التعليق بجناية توجب الدية، بل إذا كان بالأعم مثل أن يقول: إن قتلت بلا تقييد ووجد منه ما يوجب الدية كالقتل بالمثقل أو القتل خطأ يكون الجواب كذلك قوله: **(والذي وجد من القتل لم يكن وقت الصلح الخ)** أقول: الظاهر أن يقول: لم يقع الصلح عنه قوله: **(بعض الشارحين عبر عن النسخة الأولى الخ)** أقول: يعني الإتقاني.

الثلاث في عدتها مع العلم بحرمتها عليه فوجب القصاص، بخلاف ما إذا أعتقه لأن إقدامه على الإعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح لأن الظاهر أن من أقدم على تصرف يقصد تصحيحه ولا صحة له إلا وأن يجعل صلحاً عن الجناية وما يحدث منها ولهذا لو نص عليه ورضي المولى به يصح وقد رضي المولى به لأنه لما رضي يكون العبد عوضاً عن القليل يكون أرضى بكونه عوضاً عن الكثير فإذا أعتق يصح الصلح في ضمن الإعتاق ابتداء وإذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الأول وقع باطلاً فيرد العبد إلى المولى والأولياء على خيرتهم في العفو والقتل. وذكر في بعض النسخ: رجل قطع يد رجل عمداً فصالح القاطع المقطوعة يده على عبد ودفعه إليه فأعتقه المقطوعة يده ثم مات من ذلك فالعبد صلح بالجناية إلى آخر ما ذكرنا من الرواية. وهذا الوضع يرد إشكالاً فيما إذا عفا عن

بذلك، نعم في تمام قوله ولا ينقص الرقبة فيما إذا ركبه دين كلام، لأن وجوب الدين في ذمة العبد نقصان له لأن الغرماء يتبعون وليّ الجناية إذا دفع العبد إليه فيتبعونه بديونهم كما صرح به جمهور الشراح في شرح قول المصنف إلا أن لوليّ الجناية أن يمتنع من قبوله لأن الدين لحقه من جهة المولى. وعن هذا قال صاحب الكافي: ولكن الرقبة قد انتقصت عند لحوق الدين بسبب من جهة المولى وهو الإذن فكان لوليّ الجناية أن يمتنع من قبوله ناقصاً فيلزم المولى قيمته اهـ فتأمل قوله: **(ووجه ذلك وهو أنه إذا لم يعتقه تبين أن الصلح وقع باطلاً)** قال صاحب العناية في شرح هذا المحل: يريد بيان الفرق بين ما إذا أعتق وبين ما إذا لم يعتق أنه إذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح: أي الدفع وقع باطلاً وسماه صلحاً بناء على ما اختاره بعض المشايخ أن الموجب الأصلي هو الفداء فكان الدفع بمنزلة الصلح لسقوط موجب الجناية اهـ. واقتفى أثره الشارح العيني. أقول: فيه نظر، لأن المصنف صرح فيما مر بأن الموجب الأصلي هو الدفع في الصحيح وقال: ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب فكيف يتم تسمية الدفع هنا صلحاً على البناء على خلاف ما اختاره وصححه نفسه فيما قيل، وخلاف ما عليه جمهور المحققين من مشايخنا، حتى أن صاحب الأسرار بعد أن ذكر ذلك ما اختاره بعض المشايخ من أن الواجب الأصلي هو الأرش قال: والرواية بخلاف هذا في غير موضع، وقد نص محمد بن الحسن رحمه الله أن الواجب هو العبد انتهى. ثم أقول: الحق عندي أن يحمل تسمية الدفع هنا صلحاً على المشاكلة بأن عبر عن الدفع بالصلح لوقوع ذكره في صحبة ما هو صلح وما هو إذا أعتقه تدبر ترشد قوله: **(والباطل لا يورث الشبهة كما إذا وطىء المطلقة الثلاث في عدتها مع العلم بحرمتها عليه)** أقول: فيه بحث، وهو أنه إن أراد أن الباطل لا يورث الشبهة فيما إذا علم بطلانه كما هو

وهو الحرية **(والظاهر أنه يفعله)** رغبة منه في الحرية **(وهذا دلالة الاختيار)** وإنما قلنا بجناية لأنه لو علقه بغيرها مثل أن يقول لعبده إن دخلت الدار فأنت حرّ ثم جنى ثم دخل الدار فإن المولى لا يصير مختاراً للفداء بالاتفاق لعدم العلم بالجناية عند التعليق، بخلاف ما إذا علق بالجناية فإنه علق بها أقوى الدواعي إليه، والظاهر وجودها فكان عالماً بها ظاهراً، وإنما قلنا بجناية توجب الدية لأنها لو كانت توجب القصاص لم يكن على المولى شيء وإنما هو على العبد، وذلك لا يختلف بالرقّ والحرية فلم يفوّت المولى على ولي الجناية بتعليقه شيئاً. وقوله: **(ووجه ذلك)** يريد بيان الفرق بين ما إذا أعتق وبين ما إذا لم يعتق **(أنه إذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح)** أي الدفع **(وقع باطلاً)** وسماه صلحاً بناء على ما اختاره بعض المشايخ رحمهم الله أن الموجب الأصلي هو الفداء فكان الدفع بمنزلة الصلح لسقوط موجب الجناية به، وإنما وقع باطلاً لأنه كان عن المال لعدم جريان القصاص بين أطراف الأحرار والعبيد، وإذا سرى تبين أن المال لم يكن واجباً، وإنما الواجب هو القصاص فكان الصلح واقعاً بغير بدل: يعني المصالح عنه، لأن الذي كان الصلح وقع عنه وهو المال قد زال، والذي وجد من القتل لم يكن وقت الصلح فبطل، والباطل لا يورث شبهة، كما إذا طلق امرأته ثلاثاً ثم وطئها في العدة مع العلم بحرمتها عليه فإنه لايصير شبهة لدراء الحدّ فوجب القصاص، بخلاف ما إذا أعتقه لأن إقدامه على الإعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح، لأن الظاهر من حال العاقل أنه إذا أقدم على تصرف يقصد تصحيحه، ولا صحة لهذا الصالح إلا بجعله صلحاً عن الجناية وما يحدث منها فيجعل مصالحاً عن ذلك مقتضى الإقدام على الإعتاق، ويجعل المولى أيضاً كذلك دلالة، لأنه لما رضي يكون العبد عوضاً

اليد ثم سرى إلى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هنالك، وها هنا قال يجب، قيل ما ذكر ها هنا جواب القياس فيكون الوضعان جميعاً على القياس والاستحسان. وقيل بينهم فرق، ووجهه أن العفو عن اليد صح ظاهراً لأن الحق كان له في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهراً، فبعد ذلك وإن بطل حكماً يبقى موجوداً حقيقة فكفى ذلك لمنع وجوب القصاص. أما ها هنا الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال، فإذا لم يبطل الجناية لم تمتنع العقوبة، هذا إذا لم يعتقه، إما إذا أعتقه فالتخريج ما ذكرناه من قبل. قال: **(وإذا جنى العبد المأذون له جناية وعليه ألف درهم فأعتقه المولى ولم يعلم بالجناية فعليه قيمتان: قيمة لصاحب الدين، وقيمة لأولياء الجناية)** لأنه أتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد: الدفع للأولياء، والبيع للغرماء. فكذا عند الاجتماع، ويمكن الجمع بين الحقين إيفاء من الرقبة الواحدة بأن يدفع إلى وليّ الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنهما بالإتلاف بخلاف ما إذا أتلفه أجنبي حيث تجب قيمة واحدة للمولى ويدفعها المولى إلى الغرماء، لأن الأجنبي إنما

الظاهر مما ذكره في تنظيره حيث قال فيه مع العلم بحرمتها عليه فهو مسلم، لكن لا يجدي نفعاً هنا لأن الدافع لم يعلم أن القطع يسري فيكون موجبه القود، بل ظن أنه لا يسري وكان موجبه المال، وإن أراد أن الباطل لا يورث الشبهة وإن لم يعلم بطلانه فهو ممنوع؛ ألا يرى أنه إذا وطىء المطلقة الثلاث في عدتها ولم يعلم بحرمتها عليه بل ظن أنها تحل له فإنه يورث الشبهة فيدرأ الحد كما صرحوا به في كتاب الحدود. وفهم أيضاً ها هنا من قوله مع العلم بحرمتها عليه قوله: **(أما ها هنا الصلح لا يبطل الجناية بل يقرّرها حيث صالح عنها على مال، فإذا لم تبطل**

عن القليل كان بكونه عوضاً عن الكثير أرضى، وشرط صحة الاقتضاء وهو أمكان المقتضي موجود، ولهذا لو نص على ذلك ورضي به المولى صح، فتبين أنه إذا أعتق حصل بينهما صلح جديد ابتداء، وإذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء، والصلح الأول وقع باطلاً فيردّ العبد إلى المولى والأولياء على غيرتهم في العفو والقتل. وقوله: **(وذكر في بعض النسخ)** قال الإمام فخر الإسلام رحمه الله: وذكر في بعض نسخ هذا الكتاب: أي كتاب الجامع الصغير هذه المسألة على خلاف هذا الوضع، وساق الكلام مثل ما ذكر في الهداية، وبعض الشارحين عبر عن النسخة الأولى بالنسخة المعروفة وعن الثانية بغير المعروفة. وقوله: **(إلى آخر ما ذكرنا)** يعني وإن لم يعتقه ردّ إلى مولاه ويجعل الأولياء على خيرتهم بين القتل والعفو. وقوله: **(وهذا الوضع يرد إشكالاً)** قيل أي الوضع الثاني وهو النسخة الغير المعروفة، وإنما خص هذا الوضع بورود الإشكال لأنه دفع العبد في هذا الوضع بطريق الصلح والصلح متضمن للعفو لأنه ينبىء عن الحطيطة فيكون هذا نظير العفو، ولا كذلك الوضع الأول لأن الدفع ثمة ليس بطريق الصلح بل بطريق الدفع، فلما لم يكن بطريق الصلح لم يكن فيه حط شيء فلا يرد إشكالاً على مسألة العفو. وقيل هذا الوضع: أي وضع الجامع الصغير في النسخة المعروفة وغيرها يرد إشكالاً فيما إذا عفا عن اليد وسرى إلى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هناك، وها هنا قال يجب. واختلف المشايخ رحمهم الله في الجواب عن ذلك، فقال بعضهم: ما ذكر ها هنا من وجوب القصاص جواب القياس فيكون الوضعان جميعاً على القياس والاستحسان: يعني وجوب القصاص في هذه المسألة على النسختين جواب القياس، وفي الاستحسان تجب الدية، وفي مسألة العفو وجوب الدية جواب الاستحسان، وفي القياس يجب القصاص فكان الوضع في هذه المسألة وتلك على القياس والاستحسان، فاندفع التدافع وحصل التوافق، وقال بعضهم: بينهما فرق، وهو أن العفو عن اليد صح ظاهراً، لأن الحق له كان في اليد من حيث الظاهر **(فيصح العفو ظاهراً)** وتبطل به الجناية كذلك لأن العفو عنها يبطلها **(فبعد ذلك وإن بطل العفو بالسراية حكماً يبقى موجوداً حقيقة)** وذلك كاف لمنع وجوب القصاص **(أما ها هنا فالصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال، فإذا لم تمتنع الجناية لم تمتنع العقوبة، هذا إذا لم يعتقه، أما إذا أعتقه فالتخريج على ما ذكرناه من قبل)** وهو قوله لأن إقدامه على الإعتاق يدل على قصده الخ وقوله: **(فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لوليّ الجناية)** يعني إذا كانت القيمة أقل من الأرش. وقوله: **(أتلف حقين)** واضح. وقوله: **(ويمكن الجمع بين الحقين)** جواب عما يقال لا يلزم من كون كل واحد منهما مضموناً بكل القيمة على الانفراد كونه كذلك عنده الاجتماع لجواز أن يكونا متنافيين فلا يجتمعان ليكون الإتلاف وارداً عليهما، ووجهه أن الجمع بينهما ممكن أيضاً من الرقبة الواحدة بأن يدفع إلى وليّ الجناية ثم يباع للغرماء فيكون الإتلاف

يضمن للمولى بحكم الملك فلا يظهر في مقابلته الحق لأنه دونه، وهاهنا يجب لكل واحد منهما بإتلاف الحق فلا ترجيح فيظهران فيضمنهما. قال: **(وإذا استدانت الأمة المأذون لها أكثر من قيمتها ثم ولدت فإنه يباع الولد معها في الدين، وإن جنت جناية لم يدفع الولد معها)** والفرق أن الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبتها استيفاء فيسري إلى الولد كولد المرهونة، بخلاف الجناية لأن وجوب الدفع في ذمة المولى لا في ذمتها، وإنما يلاقيها أثر الفعل الحقيقي وهو الدفع والسراية في الأصاف الشرعية دون الأوصاف الحقيقية. قال: **(وإذا كان العبد لرجل زعم رجل آخر أن مولاه أعتقه فقتل العبد ولياً لذلك الرجل الزاعم خطأ فلا شيء له)** لأنه لما زعم أن مولاه أعتقه فقد ادعى الدية على العاقلة وأبرأ العبد والمولى إلا أنه لا يصدق على العاقلة من غير حجة. قال: **(وإذا أعتق العبد فقال لرجل قتلت أخاك خطأ وأنا عبدٌ وقال الآخر قتلته وأنت حرّ فالقول قول العبد)** لأنه منكر للضمان لما أنه أسنده إلى حالة معهودة منافية للضمان، إذ الكلام فيما إذا عرف رقه، والوجوب في جناية العبد على المولى دفعاً أو فداء،

الجناية لم تمتنع العقوبة) أقول: يزاد عليه أنه إن أريد بقولهم الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها أن الصلح لا يسقط موجب الجناية بل يبقيه على حاله فهو ممنوع، كيف وقد صرحوا في صدر كتاب الجنايات بأن موجب القتل العمد القود إلا أن يعفو الأولياء أو يصالحوا، فقد جعلوا الصلح، كالعفو في إسقاط موجب الجناية، وإن أريد بذلك أن الصلح لا ينافي ثبوت موجب الجناية في الأصل بل يقرّر ذلك حيث وقع الصلح عنه على مال، وإن سقط بعد تحقق الصلح فهو مسلم، لكن لا يتم حينئذٍ قولهم فإذا لم تبطل الجناية لم تمتنع العقوبة، إذ لا يلزم من عدم بطلان

وارداً عليهما فيضمنهما به، والأصل أن العبد إذا جنى وعليه دين يخير المولى بين الدفع والفداء، فإن دفع بيع في دين الغرماء، فإن فضل شيء كان لأصحاب الولاء، وإنما بدأنا بالدفع لأن به توفير الحقين فإن حق ولي الجناية يصير موفى بالدفع ثم يباع بعده لأرباب الديون، ومتى بدأنا بدفعه في الدين تعذر الدفع بالجناية لأن تجدد للمشتري الملك ولم يوجد في يده جناية. فإن قيل: ما فائدة الدفع إذا كان البيع بالدين بعده واجباً؟ أجيب بأنها إثبات حق الاستخلاص لوليّ الجناية بالفداء بالدين، فإن للناس في الأعيان أغراضاً، وإنما لم يبطل الدين بحدوث الجناية لأن موجبها صيرورته حراً، فإذا كان مشغولاً وجب دفعه مشغولاً، ثم إذا بيع وفضل من ثمنه شيء صرف إلى أولياء الجناية لأنه بيع على ملكهم، وإن لم يف بالدين تأخر إلى حال الحرية كما لو بيع على ملك المولى الأول، وإنما قيد المسألة بعدم العلم ليبني عليه قوله فعليه قيمتان، لأنه لو أعتقه وهو عالم بالجناية كان عليه الدية إذا كانت الجناية في النفس لأوليائها، وقيمة العبد لصاحب الدين لأن الإعتاق بعد العلم بالجناية يوجب الأرش دون القيمة وقد مر. وقوله: **(بخلاف ما إذا أتلفه أجنبي)** واضح وقوله: **(فلا يظهر في مقابلته الحق)** يعني حق الدفع **(لأنه دونه)** أي الحق دون الملك فيكون الحق مع الملك موجوحاً. قال: **(وذا استدانت الأمة المأذون لها ثم ولدت)** فرق بين ولادة الأمة بعد استدانتها وبين ولادتها بعد جنايتها في أن الولد يباع معها في الأولى دون الثانية، فإن الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبتها استيفاء حتى صار المولى ممنوعاً من التصرف في رقبتها ببيع أو هبة أو غيرهما فكانت من الأوصاف الشرعية القارّة في الأم فتسري إلى الولد كالكتابة والتدبير والرهن.

وأما موجب الجناية فالدفع أو الفداء وذلك في ذمة المولى لا في ذمتها حتى لا يصير المولى ممنوعاً من التصرف في رقبتها ببيع أو هبة أو استخدام **(وإنما يلاقيها أثر الفعل الحقيقي وهو الدفع)** فلا يسري إلى الولد لكونه وصفاً غير قارّ حصل عند الدفع. وقوله: **(والسارية في الأوصاف الشرعية دون الأوصاف الحقيقية)** بناء على أن الوصف الحقيقي في محل لا يمكن أن ينتقل إلى غيره، وأما الوصف الشرعي فهو أمر اعتباري يتحوّل بتحوّله. واعترض بوجهين: أحدهما لا نسلم أن دين الأمة في ذمتها، فإن المولى إن أعتقها ضمن قيمتها، ولو كان في ذمتها لما ضمن كما لو قتل مديون إنساناً فإنه لا يضمن دينه. والثاني أن ما ذكرتم لو كان صحيحاً لما سرى أثر الدفع إلى أرش استحقته بجناية جنى بها عليها جان ودفعه إليها بطريق الأولى لما أن ولدها جزؤها وأرشها ليس كذلك، ولما لم يسر إلى جزئها لكونه أثر فعل حقيقي كان أولى أن لا يسري إلى ما ليس بجزء منها. وأجيب عن الأول بأن وجود ضمان قيمة العبد المديون على المولى لتفويته ما تعلق به حق الغرماء بيعاً واستيفاء من

قوله: **(وإنما لا يضمن القاتل دين من قتله الخ)** أقول: الظاهر أنه كان يكفي أن يقول: وإنما لا يضمن القاتل الدين لأنه لم يفوته.

وصار كما إذا قال البالغ العاقل طللقت امرأتي وأنا صبيّ أو بعت داري وأنا صبيّ، أو قال طلقت امرأتي وأنا مجنون أو بعت داري وأنا مجنون وقد كان جنونه معروفاً كان القول قوله لما ذكرنا. قال: **(ومن أعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك وأنت أمتي وقالت قطعتها وأنا حرّة فالقول قولها، وكذلك كل ما أخذ منها إلا الجماع والغلة استحساناً، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وقال محمد: لا يضمن إلا شيئاً قائماً بعينه يؤمر برده عليها)** لأنه منكر وجوب الضمان لإسناده العقل إلى حالة معهودة منافية له كما في المسألة الأولى وكما في الوطء والغلة، وفي الشيء القائم أقرّ بيدها حيث اعترف بالأخذ منها ثم ادعى التملك عليها وهي منكرة والقول قول المنكر فلهذا يؤمر

الجناية بمعنى ثبوتها في الأصل عدم امتناع العقوبة بعد تحقق الصلح عنها كما هو الحال فيما نحن فيه، بل لا يتم حينئذٍ الفرق رأساً بين صورتي العفو والصلح، إذ العفو أيضاً لا ينافي ثبوت موجب الجناية في الأصل قبل العفو كما لا يخفى قوله: **(ومن أعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك وأنت أمتي وقالت بل قطعتها وأنا حرّة فالقول قولها)** قال صاحب العناية: هذه المسألة أيضاً بمبناها على إسناد الإقرار إلى حالة منافية للضمان، أقول: ليس هذا بسديد، لأن مبنى هذه المسألة التي جوابها كون القول قولها ليس على إسناد الإقرار إلى حالة منافية للضمان كما في المسألة الأولى، وإلا لما كان القول قولها، بل كان يجب أن يكون القول قول المقرّ كما في المسألة الأولى، وإنما مبنى

ثمنه لا باعتبار وجوب الدين على المولى، وإلا لوجب عليه إيفاء الديون لا ضمان قيمة العبد، وإنما لا يضمن القاتل دين من قتله لعدم المماثلة بين المتلف وهو الدين وما يقابله من العين ضماناً، وضمان العدوان يعتمد المماثلة وهي مسألة تقوّم المنافع وهي معروفة. لا يقال: هذا المانع موجود في صورة النزاع فهلا اعتبر لأن الإتلاف هناك لاقى محلاً يمكن الاستيفاء من ثمنه، بخلاف صورة النقض، فإن قيل: إن كان تخصيص العلة. قلت: مخلصه معلوم. وعن الثاني أن الأرض بدل جزء متصل فات بالجناية وولي الجناية قد استحقها بكل جزء منها فما فات من الأجزاء بعوض قام العوض مقامه، كما لو قتلت وأخذ المولى قيمتها كان عليه دفعها إلى ولي الجناية اعتباراً للجزء بالكل، بخلاف الولد فإنه بعد الانفصال ليس بجزء ولا بدلاً عن جزء. وقوله: **(وإذا كان العبد لرجل)** صورته المذكورة ظاهرة، وذكر في الكتاب الإقرار بالحرية قبل الجناية. وفي المبسوط بعدها، ولا تفاوت في ذلك. وقوله: **(وإبراء العبد)** يعني من كل الدية لا من قسطه فيها، وإبراء المولى لأنه لم يدّع عليه بعد الجناية إعتاقاً حتى يصير به مختاراً للفداء إن علم بذلك أو مستهلكاً حق المجني عليه إن لم يعلم، وكذلك لم يكن له سبيل على أخذ العبد بعد هذا الإقرار ولا على المولى بشيء ولا على العاقلة إلا بحجة. وقوله: **(وإذا أعتق العبد)** يعني إذا أعتق عبد معروف بالرق **(فقال لرجل قتلت أخاك خطأً وأنا عبد وقال الآخر بل قتلته وأنت حرّ فالقول قول العبد لأنه منكر للضمان)** لأنه أسند إقراره إلى حالة معهودة منافية للضمان عليه، إذ الكلام في عبد معروف الرق والوجوب في جناية العبد على المولى دفعاً أو فداء. واعترض بأن العبد قد ادعى تاريخاً سابقاً في إقراره والمقرّ له منكر لذلك التاريخ فينبغي أن يكون القول قوله. وأجيب بأن اعتبار التاريخ للترجيح بعد وجود أصل الإقرار، وها هنا هو منكر لأصله فصار كمن يقول لعبده أعتقك قبل أن تخلق أو أخلق. وقوله: **(كان القول قوله)** يعني مع يمينه. وقوله: **(لما ذكرنا)** إشارة إلى قوله لأنه منكر للضمان. قال: **(ومن أعتق جارية ثم قال لها)** هذه المسألة أيضاً مبناها على إسناد الإقرار إلى حالة منافية للضمان. ومعنى وقوله: **(إلا الجماع والغلة)** أن يقول لها جامعتك وأنت أمتي أو أخذت منك غلة عملك وأنت أمتي وقالت بل كان ذلك بعد العتق فإن القول قول المقرّ الذي هو المولى استحساناً عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وقال محمد: لا يضمن إلا شيئاً قائماً بعينه، فإنه يؤمر برده عليها: يعني لو كان أقر بأخذ شيء منها بعينه والمأخوذ قائم في يده واختلفا فيه على هذا الوجه فإن الردّ فيه مجمع عليه، بناها محمد رحمه الله على الأصل المذكور، وأجاب عن تخلف الشيء القائم بعينه بأنه أقرّ بيده: أي بيد المأخوذ منه **(حيث اعترف بالأخذ منه ثم ادعى التملك عليه وهو منكر والقول قول المنكر فلهذا يؤمر بالردّ**

قوله: **(فإن قلت: إذا كان تخصيص العلة)** أقول: كيف يكون تخصيص العلة والمضمون هنا ليس هو الدين بل العين الذي أتلفه قال المصنف: **(وكذلك كل ما أخذ منها إلا الجماع والغلة استحساناً)** أقول: سبق في كتاب المأذون أن للمولى أن يأخذ غلة مثله بعد الدين.

بالرد إليها. ولهما أنه أقرّ بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله كما إذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت وقال المقرّ له لا بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوءة فإن القول قول المقرّ له، وهذا لأنه ما أسنده إلى حالة منافية للضمان لأنه يضمن يدها لوق قطعها وهي مديونة، وكذا يضمن مال الحربي إذا أخذه وهو مستأمن، بخلاف الوطء والغلة لأن وطء المولى أمته المديونة لا يوجب العقر، وكذا أخذه من غلتها، وإن كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه فحصل الإسناد إلى حالة معهودة منافية للضمان. قال: **(وإذا أمر العبد المحجور عليه صبياً حراً بقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبيّ الدية)** لأنه هو القاتل حقيقة، وعمده وخطؤه سواء على ما بينا من قبل **(ولا شيء على الآمر)** وكذا إذا كان الآمر صبياً لأنهما لا يؤاخذان بأقوالهما لأن المؤاخذة فيها باعتبار الشرع وما

هذه المسألة على أنه أقرّ بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع قوله إلا بحجة كما يظهر مما ذكر في الكتاب في تعليل جواب هذه المسألة، نعم مبناها على قول محمد إسناد الإقرار إلى حالة منافية للضمان، إلا أن قوله ليس بمطابق لجواب هذه المسألة، وإنما ذكر هنا بطريق الاستطراد لا الأصالة فما معنى بناء هذه المسألة التي كان جوابها على قول أبي حنيفة وأبي يوسف كما صرح به في الكتاب على أصل قول محمد فيها قوله: **(وكذا يضمن مال الحربي إذا أخذه وهو مستأمن)** قال صاحب العناية: ليس له تعلق بما نحن فيه من مسألة القطع لكنه ذكره بياناً لمسألة أخرى، صورتها: مسلم دخل دار الحرب بأمان وأخذ مال حربي ثم أسلم الحربي ثم خرجا إلينا فقال له المسلم أخذت منك مالاً وأنت حربي فقال بل بل أخذت منى وأنا مسلم فإنها على الخلاف، كذا قيل، فإن صح ذلك فوجه قول محمد أنه أسند إقراره إلى حالة معهودة منافية للضمان، ووجه قولهما أنه ليس كذلك لأن مال الحربي قد يضمن إذا أخذا أخذه ديناً فكان قد أقرّ بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع إلا بحجة، إلى هنا كلامه، أقول: فيه نبذ من الاختلال أما أوّلاً فلأن قوله ليس له تعلق بما نحن فيه من مسألة القطع ممنوع، فإنه وإن لم يكن داخلاً في مسألة القطع نفسها إلا أنه نظير لها لاشتراكهما في العلة حيث لم يوجد في كل منهما إسناد الإقرار إلى حالة منافية للضمان عندهما: وكونه نظيراً لما نحن فيه تعلق محض به، فإن التنظير كثير الوقوع في استدلالاتهم شائع فيما بينهم، فصار قوله هنا وكذا يضمن مال الحربي إذا أخذه وهو مستأمن بمنزلة قوله فيما قبل كما إذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة الخ. وأما ثانياً فلأن قوله ووجه قولهما أنه ليس كذلك لأن مال الحربي قد

عليها. **قولهما أنه أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله)** وهذا لأنه ما أسنده إلى حالة منافية للضمان لأنه يضمن يدها لو قطعها وهي مديونة، بخلاف الوطء والغلة لأن وطء المولى أمته المديونة لا يوجب العقر، وكذلك إذا أخذ من غلتها وإن كانت مديونة لا يجب الضمان عليه فحصل فيهما الإسناد إلى حالة معهودة منافية للضمان، بخلاف غيرهما **(لأنه بمنزلة ما إذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت)** يريد بذلك براءته عن ضمان العين قصاصاً وأرشاً وقال: **(المقرّ له بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوءة)** يريد به وجوب نصف الدية عليه، وهذا بناء على أن جنس العضو المتلف إن كان صحيحاً حال الإتلاف ثم تلف سقط القصاص بناء على أصل أصحابنا رحمهم الله أن موجب العمد القود على سبيل التعيين، وله العدول إلى المال فقبل العدول إذا فات المحل بطل الحق. واعترض بأن ذلك فيما يجب فيه القصاص، كما إذا قطع يمين شخص ثم شلت يمينه وفقوء العين بالتعوير لا قصاص فيه فلا يستقيم الأصل المذكور. وأجيب بأن المراد فقوء ذهب به نورها ولم تنخسف والقصاص فيه جار. وقوله: **(وكذا يضمن مال الحربي إذا أخذه وهو مستأمن)** ليس له تعلق بما نحن فيه من مسألة القطع: لكنه ذكره بياناً لمسألة أخرى صورتها: مسلم دخل دار الحرب بأمان وأخذ مال حربي ثم أسلم الحربي ثم خرجا إلينا فقال له المسلم أخذت منك مالاً وأنت حربي فقال بل أخذت مني وأنا مسلم فإنها على الخلاف، كذا قيل، فإن صح ذلك فوجه قول محمد رحمه الله إنه أسند إقراره إلى حالة معهودة منافية للضمان. ووجه قولهما أنه ليس كذلك لأن مال الحربي قد يضمن إذا أخذه ديناً فكان قد أقرّ بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع إلا بحجة، والله أعلم. والحاصل أن هذه المسائل على ثلاثة أوجه: في وجه يكون القول قول المولى وهو ما إذا أخذ الغلة أو وطئها، وفي وجه

اعتبر قولهما، ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبيّ الآمر أبداً، ويرجعون على العبد الآمر بعد الإعتاق لأن عدم الاعتبار لحق المولى وقد زال لا لنقصان أهلية العبد، بخلاف الصبيّ لأنه قاصر الأهلية. قال: **(وكذلك إن أمر عبداً)** معناه أن يكون الآمر عبداً والمأمور عبداً محجوراً عليهما **(يخاطب مولى القاتل بالدفع أو الفداء)** ولا رجوع له على الأول في الحال، ويجب أن يرجع بعد العتق بأقل من الفداء وقيمة العبد لأنه غير مضطر في دفع الزيادة، وهذا إذا كان القتل خطأ، وكذا إذا كان عمداً والعبد القاتل صغيراً لأن عمده خطأ، أما إذا كان كبيراً يجب القصاص لجريانه بين الحرّ والعبد. قال: **(إذا قتل العبد رجلين عمداً ولك واحد منهما وليان فعفا أحد وليي كل واحد منهما فإن المولى يدفع نصفه إلى الآخرين أو يفديه بعشرة آلاف درهم)** لأنه لما عفا أحد ولي كل واحد منهما سقط القصاص وانقلب مالاً فصار كما لو وجب المال من الابتداء، وهذا لأن حقهم في الرقبة أو في عشرين ألفاً وقد سقط نصيب العافيين وهو النصف وبقي النصف **(فإن كان قتل أحدهما عمداً والآخر خطأ فعفا أحد وليي العمد فإن فداه المولى فداه بخمسة عشر ألفاً خمسة آلاف للذي لم يعف من وليي العمد وعشرة آلاف لوليي الخطأ)** لأنه لما انقلب العمد مالاً كان حق وليي الخطإ في كل الدية عشرة آلاف، وحق أحد وليي العمد في نصفها خمسة آلاف، ولا تضايق في الفداء فيجب خمسة عشر ألفاً **(وإن دفعه إليهم أثلاثاً: ثلثاه لوليي الخطإ، وثلثه لغير العافي من وليي العمد عند أبي حنيفة وقالا: يدفعه أرباعاً: ثلاثة أرباعه لوليي الخطإ، وربعه لولي العمد)** فالقسمة عندهما

يضمن إذا أخذه ديناً ليس بشرح مطابق للمشروح، وإنما المطابق له أن يقال: لأن مال الحربي قد يضمن إذا أخذه وهو مستأمن تدبر قوله: **(وإن دفعه إليهم أثلاثاً: ثلثاه لوليي الخطإ، وثلثه لغير العافي من وليي العمد عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: يدفعه أرباعاً الخ)** قال صاحب النهاية: وأصل هذا ما اتفقوا عليه، وهو أن قسمة العين إذا وجبت بسبب دين في الذمة كالغريمين في التركة ونحوها كانت القسمة بطريق العول والمضاربة، لأنه لا تضايق في الذمة فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه، أما إذا وجبت قسمة العين ابتداء لا بسبب

يكون القول قول الجارية وهو ما إذا أقرّ المولى أنه أخذ منها مالاً وهو قائم في يده، وفي وجه اختلفوا وهو ما إذا استهلك مالها أو قطع يدها، وقد اتفقوا على أصلين: أحدهما أن الإسناد إلى حالة معهودة منافية للضمان يوجب سقوط المقرّ به. والآخر أن من أقرّ بسبب المضان ثم ادعى ما يبرئه لا يسمع منه إلا بحجة، فالوجه الأول مخرّج على الأصل الأول بالاتفاق، والوجه الثاني مخرّج على الأصل الثاني بالاتفاق، والوجه الثالث خرجه محمد رحمه الله على الأول وهما على الثاني.
وقوله: **(وإذا أمر العبد المحجور)** على الوجه الذي ذكره ظاهر. وقوله: **(على ما بينا من قبل)** إشارة إلى ما ذكره قبيل فصل الجنين. وقوله: **(لأنه غير مضطر في دفع الزيادة)** أي لا ضرورة في إعطاء الزيادة لأنه يتخلص عن عهدة الضمان بإعطاء الأقل من الفداء أو قيمة العبد لأنه إنما أتلف بأمره ما هو الأقل منهما. قال: **(وإذا قتل العبد رجلين عمداً)** كلامه واضح. إلى قوله: وإن دفعه دفعه إليهم أثلاثاً: ثلثاه لوليي الخطإ، وثلثه لغير العافي من وليي العمد عند أبي حنيفة رحمه الله، وأصل هذا ما اتفقوا عليه أن قسمة العين إذا وجبت بسبب دين في الذمة كالغريمين في التركة ونحوها كانت القسمة بطريق العول والمضاربة لعدم التضايق في الذمة، فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه. وأما إذا وجبت قسمة العين ابتداء لا بسبب دين في الذمة كمسألة بيع الفضولي وهي أن فضولياً لو باع عبد إنسان كله وفضولياً آخر باع نصفه وأجاز المالك البيعين كان العبد بين المشتريين أرباعاً فكانت القسمة بطريق المنازعة، لأن الحق الثابت في العين ابتداء لا يثبت بصفة الكمال عند المزاحمة، لأن العين الواحدة تضيق عن الحقين على وجه الكمال، وإذا ثبت هذا قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله:

قال المصنف: **(ويجب أن يرجع بعد العتق)** أقول: قال صدر الشريعة في شرح الوقاية: وإنما قال: ويجب أن يرجع بعد العتق الخ إذ لا رواية لذلك. أقول: ينبغي أن لا يرجع بشيء لأن الأمر لم يصح والأمر لم يوقع في هذه الورطة لكمال عقل المأمور، بخلاف ما إذا كان المأمور صبياً انتهى. أجيب بأن أمره استخدام وإتلاف بسببه مال المولى، وإذا استخدم العبد فعطب ضمن المستخدم، كذا هذا فليتأمل قوله: **(فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه)** أقول: مخالف لما أسلفه في باب ما يدعيه الرجلان

بطريق المنازعة، فيسلم النصف لوليي الخطإ بلا منازعة، واستوت منازعة الفريقين في النصف الآخر فيتنصف، فلهذا يقسم أرباعاً. وعنده يقسم بطريق العول والمضاربة أثلاثاً، لأن الحق تعلق بالرقبة أصله التركة المستغرقة بالديون فيضرب هذا بالكل وذلك بالنصف، ولهذه المسألة نظائر وأضداد ذكرناها في الزيادات. قال: **(وإذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما)** أي قريباً لهما **(فعفا أحدهما بطل الجميع عند أبي حنيفة، وقالا: يدفع الذي عفا نصف نصيبه إلى الآخر أو يفديه بربع الدية)** وذكر في بعض النسخ قتل ولياً لهما، والمراد القريب أيضاً. وذكر في بعض النسخ قول محمد مع أبي حنيفة، وذكر في الزيادات: عبد قتل مولاه وله ابنان فعفا أحد الابنين بطل ذلك كله عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف الجواب فيه كالجواب في مسألة الكتاب، ولم يذكر اختلاف الرواية. لأبي

دين في الذمة كما في مسألة بيع الفضولي وهو أن فضولياً لو باع عبد إنسان كله وفضولياً آخر باع نصفه وأجاز المولى البيعين كان العبد بين المشتريين أرباعاً وكانت القسمة بطريق المنازعة، لأن الحق الثابت في العين ابتداء لا يثبت بصفة الكمال عند المزاحمة، لأن العين الواحدة تضيق عن الحقين على وجه الكمال، ولما ثبت هذا قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله في مسألتنا هذه: ثلاثة أرباع العبد المدفوع لوليي الخطأ، وربعه للساكت من وليي العمد، لأن حق وليي العمد كان في جميع الرقبة، فإذا عفا أحدهما بطل حقه وفرغ النصف فيتعلق حق وليي الخطأ بهذا النصف بلا منازعة، بقي النصف الآخر واستوت منازعة وليي الخطإ والكاتب من وليّ العمد في هذا النصف فصار هذا النصف بينهما نصفين، فكانت القسمة بينهما بطريق المنازعة أرباعاً كما في مسألة الفضوليين. ولأبي حنيفة رحمه الله أن أصل حقهما ليس في عين العبد بل في الأرض الذي هو بدل المتلف، والقسمة في غير العين تكون بطريق العول والمضاربة، وهذا لأن حق وليّي الخطإ في عشرة وحق شريك العافي في خمسة فيضرب كل واحد منهما بحصة، كرجل عليه ثلاثة آلاف درهم ألف لرجل وألفان لآخر مات المديون وترك ألفاً كانت التركة بين

في هذه المسألة ثلاثة أرباع العبد المدفوع لوليي الخطإ وربعه للساكت من وليي العمد، لأن حق وليي العمد كان في جميع الرقبة، فإذا عفا أحدهما بطل حقه وفرغ النصف فيتعلق حق وليي الخطإ بهذا النصف بلا منازعة، بقي النصف الآخر واستوت منازعة وليي الخطإ والساكت من وليي العمد في هذ النصف، فصار هذا النصف بينهما نصفين فكانت االقسمة بينهما بطريق المنازعة أرباعاً كما في مسألة الفضوليين، ولأبي حنيفة رحمه الله أن أصل حقهما ليس في عين العبد بل في الأرش الذي هو بدل المتلف، والقسمة في غير العين تكون بطريق العول والمضاربة، وهذا لأن حق وليي الخطإ في عشرة آلاف وحق شريك العافي في خمسة فيضرب كل واحد منهما بحصته، كرجل عليه ثلاثة آلاف درهم ألفان لرجل وألف لآخر مات وترك ألف درهم كانت التركة بين صاحبي الدين أثلاثاً بطريق العول والمضاربة ثلثاها لصاحب الألفين وثلثها لصاحب الألف كذلك هذا بخلاف بيع الفضولي لأن الملك يثبت للمشتري في العين ابتداء. وقوله: **(وإذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما)** فسره المصنف رحمه الله بقوله: أي قريباً لهما، قال الله تعالى ﴿وإني خفت الموالي من ورائي﴾ أي الأقارب ويحتمل أن يراد به عبد لهما أعتقاه فعفا أحدهما بطل حق الآخر في النفس والمال جميعاً عند أبي حنيفة رحمه الله: وقالا: يقال للعافي ادفع نصف نصيبك إلى شريكك أو افده بربع الدية. وذكر في بعض نسخ الجامع الصغير قول محمد مع أبي حنيفة رحمه الله،

فراجعه قوله: **(وأما إذا وجبت قسمة العين ابتداء)** أقول: ولم يكن تعلق الحق بالعين على وجه الشيوع لكل واحد في البعض، ولا بد من هذا التقييد على ما صرحوا فإنه إذا كان ثبوت حق في العين على هذا الوجه تكون القسمة عولية عنده وعندهما أيضاً لا بد من التقييد بأن لا يكون تعلق الحقين على وجه الشيوع في وقت واحد ولا تكون القسمة عولية قوله: **(فكانت القسمة بطريق المنازعة لأن الحق الثابت الخ)** أقول: فيه بحث قوله: **(ولأبي حنيفة أن أصل حقهما ليس في عين العبد بل في الأرش الذي هو بدل المتلف، والقسمة في غير العين تكون بطريق العول والمضاربة)** أقول: سبق من المصنف في أول الباب أن الواجب الأصلي هو الدفع في الصحيح، وإن كان للمولى حق النقل إلى الفداء، وما ذكره الشارح يخالفه كما لا يخفى. ثم قول المصنف هنا لأن الحق تعلق بالرقبة يخالف ما ذكره الشارح أيضاً، إلا أن يراد بالرقبة الذمة مجازاً.

يوسف رحمه الله أن حق القصاص ثبت في العبد على سبيل الشيوع، لأن ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له فإذا عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالاً، غير أنه شائع في الكل فيكون نصفه في نصيبه والنصف في نصيب صاحبه، فما يكون في نصيبه سقط ضرورة أن المولى لا يستوجب على عبده مالاً، وما كان في نصيب صاحبه بقي ونصف النصف هو الربع فلهذا يقال ادفع نصف نصيبك أو افتده بربع الدية. ولهما أن ما يجب من المال يكون حق المقتول لأنه بدل دمه، ولهذا تقضى منه ديونة وتنفذ به وصاياه، ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته والمولى لا يستوجب على عبده ديناً فلا تخلفه الورثة فيه.

صاحبي الدين أثلاثاً بطريق العول والمضاربة ثلثاها لصاحب الألفين وثلثها لصاحب الألف، فكذا ها هنا بخلاف بيع الفضولي، لأن الملك يثبت للمشتري في العين ابتداء، إلى هنا أشار الإمام قاضيخان والمحبوبي في الجامع الصغير، إلى هنا كلامه، واقتفى أثره في هذا الشرح والبيان صاحبا العناية ومعراج الدراية، أقول: فيه نظر، لأن المصنف صرح في أوائل هذا الباب بأن الواجب الأصلي في جناية المملوك هو الدفع ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب وإن كان للمولى حق النقل إلى الفداء كما في مال الزكاة، وصرح به أيضاً عامة الفقهاء في كتبهم فما معنى بناء قول أبي حنيفة في هذه المسألة على أن أصل حقهما ليس في عين العبد بل في الأرش، وهلا يقتضي هذا أن يكون الواجب الأصلي في جناية المملوك هو الفداء دون دفع عين العبد، ثم إن قول المصنف في بيان طريقة أبي حنيفة رحمه الله ها هنا لأن الحق تعلق بالرقبة ينبو عما ذكره هؤلاء الشراح في تعليل قول أبي حنيفة رحمه الله في هذه المسألة كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة.

والأشهر أنه مع أبي يوسف رحمه الله. قال أبو يوسف ومحمد: إن حق كل واحد من المولبين في نصف القصاص شائعاً، لأن ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له، لأن العبد في حق الدم مبقى على أصل الحرية والمولى في دمه كأجنبي فيستحق دمه بالقصاص لما لم يكن مستحقاً له بالملك، فإذا عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالاً غير أنه شائع في الكل فيكون نصفه في نصيبه ونصفه في نصيب صاحبه. فما يكون في نصيبه سقط ضرورة أن المولى لا يستوجب على عبده ديناً، وما كان في نصيب صاحبه بقي هو نصف النصف وهو الربع فلذلك يدفع نصف نصيبه وهو الربع أو يفديه بربع الدية. ولأبي حنيفة رحمه الله أن نصيب العافي قد سقط ونصيب الآخر وهو النصف يحتمل أن يكون كله في ملك شريكه فينقلب مالاً، ويحتمل أن يكون كله في ملك نفسه فيبطل أصلاً، ويحتمل أن يكون نصفه في ملك نفسه ونصفه في نصيب العافي فينقلب نصف هذا النصف وهو الربع مالاً، فلما احتمل هذا واحتمل ذاك لا ينقلب مالاً لأن المال لا يجب بالشك. ووقع في نسخ الهداية في هذا الموضع اختلاف كثير، والتعويل على المسموع.

قال المصنف: (لأن ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له) أقول: قال العلامة الإتقاني: فإذا عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالاً غير أنه شائع في الكل فيكون نصفه في نصيبه والنصف في نصيب صاحبه فما يكون في نصيبه سقط ضرورة أن المولى لا يستوجب على عبده مالاً، وما كان في نصيب صاحبه بقي، ونصف النصف هو الربع فلهذا يقال ادفع نصف نصيبك أو ادفه بربع الدية. ولهما أن ما جيب من المال يكون حق المقتول لأنه بدل دمه ولهذا يقضي منه ديونه وينفذ به وصاياه، ثم الورثة يخالفونه فيه عند الفراغ من حاجته، والمولى يستوجب على عبده ديناً فلا يخلفه الورثة فيه، إلى هنا لفظ صاحب الهداية فيها في بعض نسخها، ولم يكتب هذه النسخة في أكثر نسخها. والحق أن يكتب: لأنه إذا لم يكتب تخلو مسألة الجامع الصغير عن الدليل أصلاً انتهى. وأنت خبير بأن التعليل المذكور يختص بوضع الديات، وتبقى مسألة الجامع الصغير خالية عن التعليل البتة.

فصل

(ومن قتل عبداً خطأ فعليه قيمته لا تزاد على عشرة آلاف درهم، فإن كانت قيمته عشرة آلاف درهم أو أكثر قضى له بعشرة آلاف إلا عشرة، وفي الأمة إذا زادت قيمتها على الدية خمسة آلاف إلا عشرة) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف والشافعي: تجب قيمته بالغة ما بلغت، ولو غصب عبداً قيمته عشرون ألفاً فهلك في يده تجب قيمته بالغة ما بلغت بالإجماع. لهما أن الضمان بدل المالية ولهذا يجب للمولى وهو لا يملك العبد إلا من حيث المالية، ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد وبقاؤه ببقاء المالية أصلاً أو بدلاً وصار كقليل القيمة

فصل في الجناية على العبد

لما فرغ من بيان أحكام جناية العبد شرع في بيان أحكام الجناية على العبد، وقدم الأولى ترجيحاً لجانب الفاعلية، كذا في العناية وهو حق الأداء. وقال في النهاية وغاية البيان: إنما قدم جناية العبيد على الجناية عليهم لأن الفاعل قبل المفعول وجوداً فكذا ترتيباً، أقول؛ فيه بحث، لأنه إن أريد أن ذات الفاعل قبل ذات المفعول وجوداً فهو ممنوع، إذ يجوز أن يكون وجود ذات المفعول قبل وجود ذات الفاعل مدة طويلة، مثلاً يجوز أن يكون عمر المجني عليه سبعين سنة أو أكثر وعمر الجاني عشرين سنة أو أقل، وإن أريد أن فاعلية الفاعل قبل مفعولية المفعول وجوداً فهو أيضاً ممنوع فإن المفعولية والفاعلية توجدان معاً في آن واحد وهو آن تعلق الفعل المتعدي بالمفعول بوقوعه عليه، إذ قبل ذلك لا يتصف الفاعل بالفاعلية ولا المفعول بالمفعولية، وكل ذلك غير خاف على الفطن العارف بالقواعد قوله: **(ولأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله قوله تعالى: ﴿ودية مسلمة إلى أهله﴾ النساء (٩٢) أوجبها مطلقاً وهي اسم للواجب بمقابلة الآدمية)** وجه الاستدلال أن الله تعالى أوجب الدية مطلقاً فيمن قتل خطأ حرّاً كان أو عبداً، والدية اسم للواجب بمقابلة الآدمية، كذا في العناية وغيرها، أقول: لقائل أن يقول: لو كان الواجب فيمن قتل العبد أيضاً خطأ هو الدية التي تكون واجبة بمقابلة الآدمية كان ينبغي أن لا تتفاوت ديات العبيد في المقدار لتساويهم في الآدمية، كما لا تتفاوت ديات الأحرار في القيمة لتساويهم في ذلك وإن كان بعضهم أشرف من بعض بوجوه شتى، مع أن ديات العبيد تتفاوت في المقدار بحسب تفاوت قيمتهم كما هو المذهب فتأمل قوله: **(ولأن فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفاً وفيه معنى المالية والآدمية، أعلاهما فيجب اعتبارها بإهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما)** قال صاحب العناية في شرح هذا المحل: ولأن فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفاً بلا خلاف، وفيه معنى

فصل

لما فرغ من بيان أحكام جناية العبد شرع في بيان أحكام الجناية على العبد وقدم الأول ترجيحاً لجانب الفاعلية **(ومن قتل عبداً خطأ فعليه قيمته لا تزاد على عشرة آلاف درهم، فإن كانت قيمته عشرة آلاف درهم أو أكثر قضى له بعشرة آلاف درهم إلا عشرة. وفي الأمة إذا زادت قيمتها على الدية قضى لها بخمسة آلاف إلا عشرة وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله)** وهو قول أبي يوسف رحمه الله أولاً **(وقال أبو يوسف)** آخراً وهو قول الشافعي رحمه الله **(تجب قيمته بالغة ما بلغت، ولو غصب عبداً قيمته عشرون ألفاً وهلك في يده تجب قيمته بالغة ما بلغت بالإجماع. لهما أن الضمان بدل المالية)** وبدل المالية بالقيمة فالضمان بالقيمة، أما أنه بدل المالية فلأنه **(يجب للمولى وهو لا يملك العبد إلا من حيث المالية، ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد وبقاؤه ببقاء المالية أصلاً)** إن بقي العين **(أو بدلاً)** إن هلكت **(وصار كقليل القيمة وكالغصب)** وأما أنه بدل المالية بالقيمة فظاهر، وهذا كما ترى ترجيح لجانب المالية على الآدمية لأن المماثلة واجب الرعاية،

فصل ومن قتل عبداً خطأ

قوله: **(لأن الآدمية أصل لقيام المالية بها، وفي إهدار الأصل إهدار التابع)** أقول: منقوض بصورة الغصب فإن فيها إهدار الأصل دون التابع قوله: **(ولا بالكفارة فلهذا كان الواجب الخ)** أقول: فيه بحث.

وكالغصب. ولأبي حنيفة ومحمد قوله تعالى ﴿ودية مسلمة إلى أهله﴾ أوجبها مطلقاً، وهي اسم للواجب بمقابلة الآدمية، ولأن فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفاً، وفيه معنى المالية والآدمية أعلاهما، فيجب اعتبارها بإهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما وضمان الغصب بمقابلة المالية، إذ الغصب لا يرد إلا على المال، وبقاء العقد يتبع الفائدة حتى يبقى بعد قتله عمداً وإن لم يكن القصاص بدلاً عن المالية فكذلك أمر الدية. وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية إلا أنه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته رأياً، بخلاف كثير القيمة لأن قيمة الحرّ مقدرة بعشرة آلاف درهم ونقصنا

المالية حتى ورد عليه الملك بلا خلاف والآدمية أعلاهما لا محالة فيجب اعتبارها بإهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما إذا العكس يفضي إلى إهدارهما جميعاً، لأن الآدمية أصل لقيام المالية بها، وفي إهدار الأصل إهدار التابع، وإهدار أحدهما أولى من إهدارهما انتهى، واعترض عليه بعض الفضلاء بأنه منقوض بصورة الغصب فإن فيها إهدار الأصل دون التابع انتهى. أقول: ليس هذا بوارد، فإن إهدار أحدهما إنما يتصور فيما إذا وجد إتلافهما معاً فاعتبر أحدهما وأهدر الآخر بأن يعطى لإتلاف أحدهما حكم شرعي دون إتلاف الآخر كما فيما نحن فيه، فإن في قتل العبد إتلاف آدمية ومالية معاً، بخلاف الغصب إذ ليس في إتلاف الآدمية أصلاً، وإنما الحاصل به إتلاف المالية بإزالة اليد المحققة عنه وإثبات اليد المبطلة فيه، كما أشار إليه المصنف بقوله وضمان الغصب بمقابلة المالية، إذ الغصب لا يرد إلا على المال فحيث لم يوجد فيه إتلاف الآدمية لم يلزم فيه إهدار الأصل الذي هو الآدمية، فإن معنى إهداره أن لا يعطى لإتلافه حكم شرعي، فإذا لم يوجد إتلافه لم يتصور أن يترتب عليه حكم شرعي فمن أين يلزم إهداره تفكر قوله: **(وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية إلا أنه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته رأياً)** أقول: فيه إشكال، إذ قد تقرر في علم الأصول وشاع في علم الفروع أيضاً أن الرأي والقياس لا يجريان في المقادير، بل إنما تعرف المقادير بالسمع فكيف يجوز التقدير بالقيمة هنا بالرأي من غير سمع؟ وأيضاً أن العبيد لا يتفاوتون في نفس الآدمية لا محالة، وعن هذا لا يتفاوتون في شيء من تكاليف الشرع المتوجهة عليهم من حيث الآدمية، كالتكليف بالإيمان والصلاة والصوم غيرها من شرائع المعاملات والعقوبات كما صرحوا به، فكيف يتم تقدير الواجب عليهم بمقابلة الآدمية فيما نحن فيه بقيمتهم وهم متفاوتون في القيم قوله: **(وإن غصب أمة قيمتها عشرون ألفاً فماتت في يده**

والرعاية في ذلك أكثر لأن المال وإن كثر لا يماثل النفس ويماثل المال **(ولأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله قوله تعالى ﴿ودية مسلمة إلى أهله﴾)** ووجه الاستدلال أن الله تعالى أوجب الدية مطلقاً فيمن قتل خطأ حرّاً كان أو عبداً **(والدية اسم للواجب بمقابلة الآدمية، ولأن فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفاً)** بلا خلاف **(وفيه معنى المالية)** حتى ورد عليه الملك بلا خلاف **(والآدمية أعلاهما)** لا محالة **(فيجب اعتبارها بإهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما)** إذ العكس يفضي إلى إهدارهما جميعاً لأن الآدمية أصل لقيام المالية بها، وفي إهدار الأصل إهدار التابع، وإهدار أحدهما أولى من إهدارهما. فإن قيل: لا نسلم أن الجمع بينهما متعذر بل بإيجاب القيمة بالغة ما بلغت يوجد الجمع بينهما. أجيب بأن الجمع إنما يوجد بإيجاب الدية مع كمال القيمة، وذلك لا يجوز القول به لخروجه عن الإجماع. وقوله: **(وضمان الغصب)** جواب عن قولهما وكان كالغصب. وقوله: **(وبقاء العقد)** جواب عن قولهما ولو قتل العبد المبيع. وقوله: **(وفي قليل القيمة)** جواب عن قولهما وصار كقليل القيمة. وقوله: **(بأثر عبد الله بن مسعود رضي الله عنه)** وقع في بعض النسخ: ابن عباس رضي الله عنهما وهو ما روي عنه: لا يبلغ بقمية العبد دية الحرّ وينقص منه عشرة دراهم، والأول أصح لموافقته لأكثر النسخ. واعترض بأن أثر ابن مسعود رضي الله عنه معارض بما روي أن عمر وعلياً وابن عمر رضي الله عنهم أوجبوا في قتل العبد قيمته بالغة ما بلغت. وأجيب بأن المروى عن ابن مسعود رضي الله عنه أرجح، لأن فيه ذكر المقدار وهو مما لا يهتدي إليه العقل، وليس فيما روي عن غيره ذلك، بل فيه قياس سائر الأموال من تبليغ قيمته بالغة ما بلغت فكان محمولاً على أنهم قالوا بالرأي، ومثله لا يعارض ما هو بمنزلة المسموع من رسول الله ﷺ. وقوله: **(لا يزاد على خمسة آلاف إلا خمسة)** أي لا يزاد على هذا المقدار قال في النهاية: هذا الذي ذكره خلاف ظاهر الرواية، لأنه ذكر في المبسوط، فأما طرف المملوك فقد بينا أن المعتبر فيه المالية لأنه لا يضمن بالقصاص ولا بالكفارة فلهذا كان الواجب فيه القيمة بالغة ما بلغت، إلا أن محمداً رحمه الله قال في بعض الروايات. القول

منها في العبد إظهاراً لانحطاط رتبته، وتعيين العشرة بأثر عبد الله بن عباس رضي الله عنهما[١]. قال: **(وفي يد العبد نصف قيمته لا يزاد على خمسة آلاف إلا خمسة)** لأن اليد من الآدمي نصفه فتعتبر بكله، وينقص هذا المقدار إظهاراً لانحطاط رتبته، وكل ما يقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد لأن القيمة في العبد كالدية في الحرّ إذ هو بدل الدم على ما قررناه، وإن غصب أمة قيمتها عشرون ألفاً فماتت في يده فعليه تمام قيمتها لما بينا أن ضمان الغصب ضمان المالية. قال: **(ومن قطع يد عبد فأعتقه المولى ثم مات من ذلك، فإن كان له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه وإلا اقتص منه، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: لا قصاص في ذلك، وعلى القاطع أرش اليد، وما نقصه ذلك إلى أن يعتقه ويبطل الفضل)** وإنما لم يجب القصاص في الوجه الأول لاشتباه من له الحق، لأن القصاص يجب عند الموت مستنداً إلى وقت الجرح، فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى، وعلى اعتبار

فعليه تمام قيمتها) أقول: لقائل أن يقول: ذكر هذه المسألة مرة فيما قبل حيث قال: ولو غصب عبداً قيمته عشرون ألفاً وهلك في يده يجب قيمته بالغة ما بلغت بالإجماع فما وجه الإعادة هنا، وتكرار مسألة واحدة في موضع قريب ليس من دأب المصنفين كما لا يخفى، ويمكن أن يقال: أصل المسألة ما ذكر هنا فإنه المذكور في الجامع الصغير والبداية، والذي ذكر فيما قبل إنما هو بطريق الاستطراد فرقاً بين مسألة قتل العبد خطأ وبين مسألة غصبه في الحكم، حيث يجب في الأول أقل من عشرة آلاف درهم إذا زادت قيمته على دية الحر عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف والشافعي، ويجب في الثانية قيمته بالغة ما بلغت بالإجماع وجمعاً لدليلي تينك المسألتين في البيان في موضع واحد قوله: **(وإنما لم يجب القصاص في الوجه الأول لاشتباه من له الحق، لأن القصاص يجب عند الموت مستنداً إلى وقت الجرح، فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى، وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه الخ)** واعترض عليه بعض العلماء بأنه ما معنى هذا التردد وقد صرحوا فيما لو ضرب الأمة الحاملة فأعتق المولى الأمة ثم ألقته حياً فمات الولد بأن المعتبر حالة الضرب حتى تجب القيمة لا الدية اهـ. ليس هذا بشيء إذ قد صرحوا في بيان تلك المسألة بأنا اعتبرنا حالتي الضرب والتلف معاً، فأوجبنا القيمة دون الدية اعتباراً لحالة الضرب، وأوجبنا قيمته حياً اعتباراً لحالة التلف، وقد مر ذلك في الكتاب وشروحه مفصلاً في أواخر فصل الجنين فكأنّ ذلك البعض حفظ بعض ما ذكر هناك ونسي بعضه فزعم أن المعتبر هناك حالة الضرب فقط قوله: **(وفيه الكلام)** قال صاحب النهاية: أي الكلام فيما إذا كان للعبد ورثة سوى المولى. وقال: ووصل شيخي بخطه الضمير في وفيه إلى وتعذر الاستيفاء لكن مآل ذلك إلى ما قلنا اهـ. وقال صاحب الكفاية: قوله وفيه الكلام: أي في وجوبه على وجه يستوفى، ولا كلام في أصل الوجوب لأن الوجوب لإفادة الاستيفاء، فإذا فات المطلوب منه سقط اعتباره اهـ. وقال صاحب الغاية: قوله وفيه الكلام: أي كلامنا في تحقق اشتباه من له حق استيفاء القصاص: يعني أن تعذر استيفاء القصاص لتحقق اشتباه من له الاستيفاء وقد تحقق الاشتباه فيما نحن فيه فيتعذر الاستيفاء اهـ. واختار صاحب

بهذا يؤدي إلى أنه يجب بقطع طرف العبد فوق ما يجب بقتله إلى أن قال: فلهذا قال: لا يزاد على نصف بدل نفسه فيكون الواجب خمسة آلاف إلا خمسة. وقوله: **(لأن القيمة في العبد كالدية في الحرّ)** يعني يجب في موضحة العبد نصف عشر قيمة العبد لأنه يجب في الحرّ نصف عشر الدية **(إذ هو)** أي القيمة **(بدل الدم على ما قررنا)** إشارة إلى قوله ولأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله قوله تعالى: ﴿ودية مسلمة إلى أهله﴾ وقوله: **(وإن غصب أمة)** ظاهر. قال: **(ومن قطع يد عبد فأعتقه المولى)** صورة المسألة ظاهرة وكذا تحرير المذاهب. وقوله: **(في الوجه الأول)** يعني فيما إذا كان له ورثة غير المولى. وقوله: **(لاشتباه من له الحق)** يعني المستوفي وجهالته تمنع القصاص وقوله: **(وفيه الكلام)** أي فيما إذا كان له ورثة غير المولى، وقيل

---

(١) موقوف. قال الزيلعي في نصب الراية ٣٨٩/٤: غريب وأخرج عبد الرزاق، وابن أبي شيبة في مصنفيهما عن النخعي والشعبي قالا: لا يبلغ بدية العبد دية الحر.

الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه وتعذر الاستيفاء فلا يجب على وجه يستوفي وفيه الكلام، واجتماعهما لا يزيل الاشتباه لأن الملكين في الحالين، بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر إذا قتل، لأن ما لكل منهما من الحق ثابت من وقت الجرح إلى وقت الموت، فإذا اجتمعا زال الاشتباه. ولمحمد في الخلافية وهو ما إذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى أن سبب الولاية قد اختلف لأنه الملك على اعتبار إحدى الحالتين والوراثة بالولاء على اعتبار الأخرى، فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه كما إذا قال لآخر بعتني هذه الجارية بكذا فقال

العناية من بين تلك الأقوال ما ذكره صاحب النهاية من عند نفسه حيث قال: قوله وفيه الكلام: أي وفيما إذا كان له ورثة غير المولى، ونقل سائر الأقوال ما ذكره صاحب النهاية من عند نفسه حيث قال: قوله وفيه الكلام: أي وفيما إذا كان له ورثة غير المولى، ونقل سائر الأقوال بقوله وقيل وقيل وقيل. أقول: ما ذهب إليه صاحب النهاية في تفسير مراد المصنف هنا واختاره صاحب العناية ليس بشيء عندي، لأن المصنف بعد أن قال فيما قبل وإنما لا يجب القصاص في الوجه الأول مريداً به ما إذا كان له ورثة غير المولى كما صرح به الشراح قاطبة كيف يحتاج هنا إلى أن يقول والكلام فيما إذا كان له ورثة غير المولى، وهلا يكون هذا لغواً من الكلام كما يشهد به الفطرة السليمة. وأما ما ذهب إليه شيخ صاحب النهاية وما ذهب إليه صاحب الغاية فلا يخلو كل منهما عن الركاكة، بل عن اللغوية أيضاً كما يدركه الذوق الصحيح، وإنما الحق الصريح هنا ما ذهب إليه صاحب الكفاية، إذ ينتظم المعنى حينئذٍ جداً ويتعلق الكلام بقريبه المتصل به من حيث اللفظ كما ترى قوله: **(فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه)** قال جمهور الشراح في تفسير ما يحتاط فيه: أي الذي لا يثبت بالشبهات، وقالوا: فإنه يحترز بهذا عمن قال لآخر لك عليّ ألف من قرض فقال المقر له بل من ثمن مبيع فإنه يقضي بالمال وإن اختلف السبب، لأن ذلك من الأموال والأموال مما يقع فيها البدل والإباحة فلا يبالي باختلاف السبب اهـ. وقال صاحب العناية بعد نقل هذا عن الشروح: فيه نظر، لأن الاحتراز بالذي لا يثبت بالشبهات إنما يكون عما يثبت بالشبهات والأموال ليست كذلك اهـ. أقول: هذا النظر ساقط جداً، إذ لا شك أن الأموال مما يثبت بالشبهات؛ ألا يرى إلى ما صرحوا به في كتاب الشهادة من أن في شهادة النساء شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرىء بالشبهات من الحدود والقصاص وتقبل فيما سوى ذلك من الحقوق مالاً كانت أو غير مال. ثم قال صاحب العناية: والأولى أن يفسر ما يحتاط فيه بالدماء والفروج، فإنه استشهد بعده بحل الوطء وهو ما يثبت بالشبهات اهـ. أقول: فيه خلل أما أوّلاً فلأن المصنف ما استشهد بعده بحل الوطء وإنما استشهد بعدم حله كما ترى. وأما ثانياً فلأن حل الوطء ليس مما يثبت بالشبهات قطعاً. نعم لا يجب الحدّ بالوطء بشبهة الملك أو بشبهة المحل، لكن لا يحل الوطء بشيء من ذلك كما عرف في كتاب الحدود، فإن وجه الخلل الأول بتقدير المضاف بأن يكون الأصل بعدم حل الوطء يبقى الخلل الثاني

أي في وجوبه على وجه يستوفي لا على أصل الوجوب لأنه لإفادة الاستيفاء فإذا فات المقصود سقط اعتباره، وقيل: أي في عذر الاستيفاء، وقيل أي في تحقق اشتباه من له القصاص، ومعناه أن تعذر استيفاء القصاص لتحقق اشتباه من له الاستيفاء وقد تحقق الاشتباه فيما نحن فيه فيتعذر الاستيفاء. وقوله: **(واجتماعهما لا يزيل الاشتباه)** جواب عما يقال سلمنا أن من له الحق مشتبه لكن يزول الاشتباه باجتماعهما. ووجهه أن اجتماعهما لا يزيله لأن الملك في الحالين مختلف، فإن الملك للمولى وقت الجرح دون الموت وللورثة بالعكس، وعند الاجتماع لا يثبت الملك لكل واحد منهما على الدوام في الحالين فلا يكون الاجتماع مفيداً **(بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر)** فإن كل واحد منهما لم ينفرد بالقصاص لأن الموصى له بالخدمة لا ملك له في الرقبة، والموصى له بالرقبة إذا استوفى القصاص سقط حق الموصى له بالخدمة، لأن الرقبة فاتت إلى بدل فلا يملك إبطال حقه عليه، ولكن إذا اجتمعا فقد رضي الموصى له بالخدمة بفوات حقه فيستوفيه الآخر لزوال الاشتباه، وقوله: **(على اعتبار إحدى الحالتين)** وهي حالة الجرح قبل العتق والحالة الأخرى هي حالة الموت بعد العتق. وقوله: **(فيما يحتاط فيه)** يعني في الذي لا يثبت بالشبهات فإنه يحترز بهذا عمن قال لآخر لك عليّ ألف من قرض

المولى زوّجتها منك لا يحل له وطؤها ولأن الإعتاق قاطع للسراية، وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص، ولهما أنا تيقنا بثبوت الولاية للمولى فيستوفيا وهذا لأن المقضي له معلوم والحكم متحد

بلا تحمل توجيه، ثم إن بعض الفضلاء قال في نقل عبارة العناية: وهو ما يثبت بالشبهات بدل وهو مما يثبت بالشبهات، وقال لفظة «ما» نافية. أقول: نسخ العناية التي رأيناها لا توافق ما ذكره، وعلى فرض صحة ذلك لا يرتفع الإشكال عن كلام صاحب العناية هنا، لأنه لما فسر ما يحاط فيه بالدماء والفروج لزم أن يحترز به عن الأموال بالضرورة لأنها ليست من الدماء ولا من الفروج، فإن كان عبارة العناية فإنه استشهد بعده بحل الوطء وهو ما يثبت بالشبهات وكان لفظة ما نافية لزم أن يرد عليه مثل النظر الذي أورده على سائر الشروح بأن يقال: الأموال أيضاً لا تثبت بالشبهات على زعمك فصارت كما استشهد به، فما معنى الاحتراز عنها بتفسير ما يحتاط فيه بالدماء والفروج فيلزم أن يكون ما عده أولى مشترك الإلزام تأمل تفهم قوله: **(ولأن الإعتاق قاطع للسراية، وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص)** هذا دليل آخر لمحمد رحمه الله تعالى، وذلك لأن الإعتاق يصير النهاية مخالفة للبداية وذلك يمنع القصاص؛ ألا يرى أن من جرح عبد إنسان ثم أعتقه مولاه ثم مات العبد من تلك الجراحة لم يكن عليه القصاص ولا القيمة، وإنما يضمن النقصان؛ فإن كان خطأ فبالاتفاق، وإن كان عمداً فعند محمد رحمه الله تعالى، لأن الدليل وهو مخالفة النهاية للبداية لا يفصل بينهما، وبانقطاعهما يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص كأنه تلف بآفة سماوية، كذا في العناية وكثير من الشروح. وقال في العناية بعد ذلك: فإن قيل: ينبغي أن أرش اليد للمولى لكونه جرحاً بلا سراية. أجيب بأنه لا يجب نظراً إلى حقيقة الجناية وهو القتل، لأنه إذا سرى تبين له أن الجناية قتل لا قطع اهـ. أقول: فيه بحث، وهو أنه وإن أراد بقوله في السؤال ينبغي أن يجب أرش اليد للمولى أنه ينبغي أن يجب ذلك في مسألة الكتاب كما هو الظاهر من قوله أرض اليد دون أن يقول أرض الجرح فلا ورود للسؤال المذكور أصلاً، إذ يجيء أرش اليد للمولى عند محمد في مسألة الكتاب على ما صرح به في الكتاب، فلا مجال للسؤال على دليل محمد رحمه الله بأنه ينبغي على مقتضاه أن يجب أرش اليد للمولى، وإن أراد به أنه ينبغي أن يجب ذلك في المسألة التي ذكروها ها هنا على سبيل التنوير، وهي أن من جرح عبد إنسان ثم أعتقه مولاه ثم مات العبد من تلك الجراحة فللسؤال المذكور ورود، ولكن الجواب عنه بما ذكره منقوض بمسألة الكتاب فإنه يجري فيها أيضاً مع أنه يجب فيها أرش اليد عند محمد كما تحققته تدبر قوله: **(وذلك**

فقال المقر له لا بل من ثمن مبيع فإنه يقضي بالمال وإن اختلف السبب، لأن ذلك من الأموال والأموال مما يقع البدل والإباحة فيها فلا يبالى باختلاف السبب، كذا في الشروح، وفيه نظر، فإن الاحتراز بالذي لا يثبت بالشبهات إنما يكون عما يثبت بالشبهات والأموال ليست كذلك. والأولى أن يفسر ما يحتاط فيه بالدماء والفروج فإنه استشهد بعده بحل الوطء وهو مما يثبت بالشبهات أو يفسر بالذي لا يجزي فيه البدل، وهو راجع إلى الأول. وقوله: **(ولأن الإعتاق قاطع للسراية)** دليل آخر، وذلك لأن الإعتاق يصير النهاية مخالفة للبداية، وذلك يمنع القصاص؛ ألا ترى أن من جرح عبد إنسان ثم أعتقه مولاه ثم مات العبد من تلك الجراحة لم يكن عليه القصاص ولا القيمة، وإنما يضمن النقصان، فإن كان خطأ فبالاتفاق، وإن كان عمداً. فعند محمد رحمه الله لأن الدليل وهو مخالفة النهاية للبداية لا يفصل بينهما وبانقطاعهما يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص كأنه تلف بآفة سماوية. فإن قيل: ينبغي أن يجب أرش اليد للمولى لكونه جرحاً بلا سراية. أجيب بأنه لا يجب نظراً إلى حقيقة الجناية وهو القتل لأنه إذا سرى تبين أن الجناية قتل لا قطع **(ولهما أنا تيقنا)** ثبوت ولاية

قوله: **(والأموال ليست كذلك)** أقول: فيه بحث، بل هي كذلك؛ ألا يرى أنها تثبت بشهادة رجل وامرأتين على ما مر تفصيله، ولعل الشبهة إنما نشأت من اشتباه الشبهة بالشك فإنها لا تثبت بالثاني دون الأول فتأمل قوله: **(فإنه استشهد بعده بحل الوطء)** أقول: أي بعدم حل الوطء فالمضاف مقدر قوله: **(وما يثبت بالشبهات)** أول: لفظة «ما» نافية.

فوجب القول بالاستيفاء، بخلاف الفصل الأول، لأن المقضي له مجهول، ولا معتبر باختلاف السبب ها هنا لأن الحكم لا يختلف، بخلاف تلك المسألة لأن ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكماً، والإعتاق لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه من له الحق، وذلك في الخطإ دون العمد لأن العبد لا يصلح مالكاً للمال، فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى، وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحريته فيقضي منه ديونه وينفذ وصاياه فجاء الاشتباه. أما العمد فموجبه القصاص والعبد مبقى على أصل الحرية فيه، وعلى اعتبار أن يكون الحق له فالمولى هو الذي يتولاه إذ لا وارث له سواه فلا اشتباه فيمن له الحق، وإذا امتنع القصاص في الفصلين عند محمد يجب أرش اليد، وما نقصه من وقت الجرح إلى وقت الإعتاق كما ذكرنا لأنه حصل على ملكه ويبطل الفضل، وعندهما الجواب في

في الخطإ دون العمد لأن العبد لا يصلح مالكاً للمال، فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى، وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحريته فجاء الاشتباه) **أقول:** في هذا المقام ضرب من الإشكال لأن الحق على اعتبار حالة الموت وإن كان للميت، إلا أنه لا يتقرّر عليه بل ينتقل إلى المولى بالوراثة، فكان من له الحق في الحال على كلتا الحالتين هو المولى فلا اشتباه؛ ألا يرى إلى قول المصنف في صورة العمد وعلى اعتبار أن يكون الحق للعبد فالمولى هو الذي يتولاه، إذ لا وارث سواه فلا اشتباه فيمن له الحق، وإن ادعى أن اختلاف من له الحق ابتداء كاف في تحقق الاشتباه المقتضي لقطع الإعتاق السراية واتحاده بالنظر إلى الانتهاء. والمال غير مفيد في دفع ذلك يتجه الإشكال على صورة العمد، فإن حق القصاص في هاتيك الصورة للعبد على اعتبار حالة الجرح لكون العبد مبقي على أصل الحرية في حق القصاص كما صرحوا به، وللمولى على اعتبار حالة الموت بناء على أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى من أن حق استيفاء القصاص ثابت للوراث ابتداء من غير أن ينتقل إليه بطريق الوراثة كما في الدية، لأن ملك القصاص إنما يثبت بعد الموت والميت ليس من أهله لأنه ملك الفعل ولا يتصوّر الفعل من الميت، بخلاف الدية لأن الميت من أهل الملك في الأموال، كما إذا نصب شبكة وتعقل بها صيد بعد موته على ما تقرر كله في أول باب الشهادة في القتل من كتاب الجنايات فيلزم اشتباه من له الحق ابتداء في صورة العمد أيضاً على أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى، لا يظهر الفرق بين صورتي الخطإ والعمد بالوجه المذكور في الكتاب على أصله فلا يتم التقريب على قوله في مسألتنا فليتأمل في الدفع قوله: **(وبعد الشجة بقي محلاً للبيان فاعتبر إنشاء في حقهما)** **أقول:** لقائل أن يقول: الظاهر المطابق لوضع المسئلة أن يقال: فاعتبر إنشاء في حق من أوقع العتق عليه وهو أحدهما المتعين بالبيان فتأمل في التوجيه قوله: **(ونحن نقول: إن المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الأطراف**

الاستيفاء في العمد للمولى فيتسوفيه **(لأن المقضي له)** وهو المولى **(معلوم والحكم)** وهو استيفاء القصاص **(متحد فوجب القول بثبوت الاستيفاء بخلاف الفصل الأول)** يعني ما إذا كان له ورثة غير المولى حيث لم يجب القصاص بالاتفاق **(لأن المقضى له مجهول)** لأنا لو اعتبرنا حالة الجرح كان المقضى له هو المولى، ولو اعتبرنا حالة الموت كان الورثة **(ولا معتبر باختلاف السبب هنا)** أي في الفصل الثاني وهو ما إذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى في العمد، لأن الحكم وهو استيفاء القصاص لا يختلف وهو في الحالين لواحد وهو المولى، بخلاف تلك المسألة: يعني المستشهد بها بقوله كما إذا قال لآخر بعني هذه الجارية الخ فإن الحكم فيها مختلف **(لأن ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكماً)** لأن ملك النكاح يثبت الحل مقصوداً وملك اليمين قد لا يثبته ولو أثبته لم يكن مقصوداً، واختلف الحكم كما اختلف السبب. وقوله: **(والإعتاق لا يقطع السراية)** جواب عن قوله ولأن الإعتاق قاطع للسراية، ومعناه الإعتاق قاطع للسراية في صورة الخطإ دون العمد، وذلك لأنه لا يقطع السراية **(لذاته بل لاشتباه من له الحق، وذلك في الخطإ لأن العبد لا يصلح مالكاً للمال)** فيكون الحق حالة الجرح للمولى لكونه قبل العتق **(وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحريته فتقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه فجاء الاشتباه، أما العمد فموجبه القصاص والعبد مبقى على أصل الحرية فيه)** فالحق للعبد والمولى يستوفيه بطريق الخلافة عنه، إذ الفرض أنه **(لا وارث سواه فلا اشتباه فيمن له الحق)** والحاصل من هذا كله أن صور من قطع يد عبد غيره فأعتقه المولى ثم مات لا تزيد

الفصل الأول كالجواب عند محمد في الثاني. قال: (**ومن قال لعبديه أحدكما حرّ ثم شجا فأوقع العتق على أحدهما فأرشهما للمولى**) لأن العتق غير نازل في المعين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة (**ولو قتلهما رجل تجب دية حرّ وقيمة عبد**) والفرق أن البيان إنشاء من وجه وإظهار من وجه على ما عرف، وبعد الشجة بقي محلاً للبيان فاعتبر إنشاء في حقهما، وبعد الموت لم يبق محلاً للبيان فاعتبرناه إظهاراً محضاً، وأحدهما حر بيقين فتجب قيمة عبد ودية حرّ، بخلاف ما إذا قتل كل واحد منهما رجل حيث تجب قيمة المملوكين، لأنا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حراً وكل منهما ينكر ذلك، ولأن القياس يأبى ثبوت العتق في المجهول لأنه لا يفيد فائدة، وإنما

للسقوط اعتبارها في حق الذات قصراً عليه) قال جمهور الشراح في حل هذا المقام: يعني أن المالية معتبرة في حق الأطراف كما أنها معتبرة في حق الذات لسقوط اعتبار المالية في حق الذات قصراً عليه: أي لأن اعتبار المالية في حق الذات مقتصراً عليه ساقط بالإجماع: يعني لم يقتصر اعتبار المالية على الذات فحسب، بل اعتبرت في حق الذات والأطراف جميعاً، هذا زبدة ما قالوا. أقول: فعلى هذا المعنى يكون كلام المصنف هنا منافياً لما ذكره في تعليل المسألة المارّة في صدر هذا الفصل من قبل أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى حيث قال: ولأن فيه: أي في العبد معنى الآدمية حتى كان مكلفاً وفيه معنى المالية والآدمية أعلاهما فيجب اعتبارها بإهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما اهـ. فإن مدلول ما قاله هناك أن المالية التي هي أدنى من الآدمية مهدرة في حق ذات العبد لتعذر الجمع بينهما وبين الآدمية، وإنما المعتبرة فيه هي الآدمية عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، ومدلول كلامه هنا

على أربع، لأنه إما أن قطع عمداً أو خطأ، فإن كان الأول فإما أن يكون للعبد وارث سوى المولى أو لم يكن، فإن كان يقطع الإعتاق السراية بالاتفاق فلا يجب القصاص لجهالة المقضى له والمقضى به، وإن لم يكن لا يقطعها عندهما خلافاً لمحمد رحمه الله، وإن كان الثاني فالإعتاق يقطعها بالاتفاق سواء كان له وارث أو لم يكن، فلا تجب القيمة أو الدية بل يجب نقصان القيمة بالقطع والباقي ظاهر. قال: (**ومن قال لعبديه أحدكما حرّ ثم شجا**) إذا قال لعبديه أحدكما حر ثم شجا فأوقع العتق على أحدهما: أي بين ذلك المبهم بالتعيين في أحدهما، وإنما ذكره بلفظ أوقع ليدل به على أن العتق لم ينزل على أحدهما في حق الأرش معيناً وإن كان ظهر وقوع العتق على أحدهما في بعض الصور كما في الموت والقتل، فإنه إذا قال أحدكما حر فمات أحدهما أو قتل تعين العتق للآخر (**فأرشهما للمولى لأن العتق غير نازل في المعين، والجشة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة**) فيكون أرشهما للمالك (**ولو قتلهما رجل تجب دية حرّ وقيمة عبد**) لا قيمة عبدين ولا دية حرين (**والفرق أن البيان وهو تعيين العتق المبهم في أحدهما إنشاء من وجه إظهار من وجه على ما عرف**) في أصول الفقه أن البيان إنشاء من وجه حتى يشترط صلاحية المحل للإنشاء، فلو مات أحدهما فبين العتق فيه لا يصح، وإظهار من وجه حتى يجبر عليه، ولو كان إنشاء من وجه لما أجبر عليه إذا المرء لا يجبر على إنشاء العتق والعبد (**بعد الشجة محل للبيان فاعتبر إنشاء في حقهما وبعد الموت لم يبق محلاً له فاعتبرناه إظهاراً محضاً، وأحدهما حرّ بيقين فتجب قيمة عبد ودية حر، بخلاف ما إذا قتل كل واحد منهما رجل**) والأصل في هذا أن القاتل إما أن يكون واحداً أو اثنين، فإن كان واحداً فإما أن قتلهما معاً أو متعاقبا؛ فإن كان الأول فالحكم ما ذكرناه من وجوب القيمة للمولى والدية للورثة، فإن لم يكن له ورثة غير المولى فظاهر، وإن كانت فكل واحد منهما تجب ديته في حال وقيمته في حال، ويقسم ذلك باعتبار الأحوال، وهذا إذا استوت القيمتان. وأما إذا اختلفتا فعليه نصف قيمة كل واحد منهما ودية حرّ لأنا نتيقن أنه قتل عبداً وحرّاً وقتل الحر يوجب الدية، وليس أحدهما أولى من الآخر فيلزمه نصف قيمة كل واحد منهما، ونصف دية كل واحد منهما وإن كان الثاني فقد تعينت الحرية في الثاني بقتل الأول، فكان على القاتل قيمة الأول للمولى ودية الثاني للورثة، وإن كان القاتل اثنين فإما أن قتلا معاً أو متعاقبا، فإن كان الأول كان على كل واحد منهما قيمة عبد لأن كل واحد من القاتلين إنما قتل أحدهما بعينه، والعتق في حق العين كأنه غير نازل وإنما هو نازل في المنكر، ولا نتيقن أن كل واحد منهما قاتل لذلك المنكر فيجب على كل واحد منهما القدر المتيقن به وهو القيمة، ولم يبين في المبسوط أن ذلك للمولى أو لورثتهما. وقيل هذا والأول سواء النصف للمولى من كل واحد منهما والنصف للورثة، فإن العتق في حق المولى ثابت في أحدهما فلا يستحق بدل نفسه فيوزع ذلك عليهما نصفين، وإن لم يدر

صححناه ضرورة صحة التصرف وأثبتنا له ولاية النقل من المجهول إلى المعلوم فيتقدر بقدر الضرورة وهي في النفس دون الأطراف فبقي مملوكاً في حقها. قال: **(ومن فقأ عيني عبد، فإن شاء المولى دفع عبده وأخذ قيمته وإن شاء أمسكه، ولا شيء له من النقصان عند أبي حنيفة، وقالا: إن شاء أمسك العبد وأخذ ما نقصه، وإن شاء دفع العبد وأخذ قيمته)** وقال الشافعي: يضمنه كل القيمة ويمسك الجثة لأنه يجعل الضمان مقابلاً بالفائت فبقي الباقي على ملكه، كما إذا قطع إحدى يديه أو فقأ إحدى عينيه. ونحن نقول: إن المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الأطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات قصراً عليه. وإذا كانت معتبرة وقد وجد إتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة والضمان يتقدّر بقيمة الكل فوجب أن يتملك الجثة دفعاً للضرر ورعاية للمماثلة، بخلاف ما إذا فقأ عيني حرّ لأنه ليس فيه معنى المالية، وبخلاف عيني المدبر لأنه لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك، وفي قطع

على المعنى المذكور أن المالية معتبرة في حق ذات العبد وأطرافه جميعاً عند أئمتنا فبينهما تدافع لا يخفى. ثم إن صاحب العناية من بين هؤلاء الجمهور قال في تقرير المعنى المذكور: ونحن نقول إن المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الأطراف، لأن اعتبارها في حق الذات: أي في جميع البدن وحده مقتصراً عليه ساقط بالإجماع، فإن الشرع قد أوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الأطراف اهـ. أقول: فيه خلل زائد. أما أوّلاً فلأنه فسر الذات بجميع البدن، وليس بصحيح لأن جميع البدن من الأطراف. قال في الصحاح: بدن الإنسان جسده، وقوله تعالى: ﴿فاليوم ننجيك ببدنك﴾ يونس (٩٢) قالوا: بجسد لا روح فيها اهـ. وإنما المراد بالذات ما يقابل الأطراف وهو النفس وإتلافها بإزالة الروح. وأما ثانياً فلأنه علل سقوط اقتصار اعتبار المالية على الذات بقوله فإن الشرع قد أوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الأطراف، وليس بسديد لأن إيجاب الشرع كمال الدية بتفويت ذلك لا يدل على اعتبار المالية في حق الأطراف لجواز أن يكون إيجابه إياه للآدمية كما في الحرّ تدبر. وقال تاج الشريعة من الشراح في حل كلام المصنف هنا: يعني أن اعتبار المالية في الأطراف لا في الذات لأنها تسلك مسلك الأموال ولهذا لا يتحملها العاقلة، وفسر الذات في قول المصنف المالية قائمة في الذات بالعبد حيث قال: أي في العبد. وقال في شرح قوله لسقوط اعتبارها في حق الذات قصراً عليه: يعني أن سقوط اعتبار المالية مقتصراً في النفس لا في الأطراف، ووجوب الضمان بدل الآدمية لا بدل المالية، ولهذا لا يجاوز على عشرة آلاف بل ينقص عشرة فتكون المالية في العبد باعتبار الأطراف اهـ. أقول: هذا المعنى هو المطابق لما ذكره المصنف في تعليل المسألة المارة في صدر الفصل من قبل أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وإن كان في استفادته من عبارة المصنف ها هنا تمحل كثير كما ترى، لكنه غير مطابق لما ذكره هناك من قبل أبي يوسف، وكلامه هنا مسوق لإقامة الحجة على

أيهما قتل أوّلاً فالحكم كذلك، وإن كان الثاني فعلى القاتل الأول قيمته لمولاه وعلى الثاني دية الثاني لورثته، لأن العتق تعين فيه، وقد ظهر لك من هذا أن ما ذكره المصنف رحمه الله فيما إذا كان قتلهما معاً سواء كان القاتل واحداً أو اثنين. وقوله: **(ولأن القياس)** معطوف على أن في قوله والفرق أن البيان إنشاء، ووجهه أن القياس **(يأبى ثبوت العتق في المجهول)** لأنه لا يفيد فائدة العتق من أهلية الولاية للقاضي والشهادة، وما هو كذلك فلا معتبر به في الشرع **(وإنما صححناه ضرورة صحة التصرف وأثبتنا له ولاية النقل من المجهول إلى المعلوم)** بطريق البيان بتعيين المبهم في أحدهما بعينه **(فيتقدر بقدر الضرورة وهي في النفس)** لأنها محل العتق **(دون الأطراف)** لأنه إن حلها حل تبعاً فيبقى العبد مملوكاً في حق الأطراف على أصل القياس. قال: **(ومن فقأ عيني مملوك)** هذه المسألة تسمى مسألة الجثة العمياء وصورتها ظاهرة، ودليل الشافعي رحمه الله كذلك، وقاس على ما إذا قطع يدي حر أو مدبر، وعلى ما إذا قطع إحدى يديه وفقأ إحدى عينيه. ونحن نقول: إن المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الأطراف، لأن اعتبارها في حق الذات: أي جميع البدن وحده مقتصراً عليه ساقط

قوله: **(فإن الشرع قد أوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الأطراف)** أقول: فيه بحث.

إحدى اليدين وفقء إحدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة. ولهما أن معنى المالية لما كان معتبراً وجب أن يتخير المولى على الوجه الذي قلناه كما في سائر الأموال فإن من خرق ثوب غيره خرقاً فاحشاً إن شاء المالك دفع الثوب إليه وضمنه قيمته، وإن شاء أمسك الثوب ضمنه النقصان. وله أن المالية وإن كانت معتبرة في الذات فالآدمية غير مهدرة فيه وفي الأطراف أيضاً؛ ألا ترى أن عبداً لو قطع يد عبد آخر يؤمر المولى بالدفع أو الفداء وهذا من أحكام الآدمية، لأن موجب الجناية على المال أن تباع رقبته فيها ثم من أحكام الأولى أن لا ينقسم على الأجزاء، ولا يتملك الجثة، ومن أحكام الثانية أن ينقسم ويتملك الجثة فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم.

الشافعي من قبل أئمتنا جميعاً ولهذا قال: ونحن نقول: فلا بد أن يطابق لأصلهم جميعاً وقد فات ذلك. وبالجملة إن كلام المصنف رحمه الله هنا ليس بخال عن الاضطراب كما لا يذهب على الفطن، ولعل صاحب الكافي تفطن له حيث ترك أسلوب تقرير المصنف هنا وسلك مسلكاً آخر في التقرير والبيان مع كون عادته أن يقتفي أثر المصنف في وضع المسائل وتقرير الدلائل قوله: **(وله أن المالية وإن كانت معتبرة في الذات فالآدمية غير مهدرة فيه وفي الأطراف أيضاً)** أقول: الظاهر من هذا البيان أن المالية والآدمية معتبرتان معاً في ذات العبد: أي نفسه وأطرافه أيضاً عند أبي حنيفة رحمه الله، وقد مر من المصنف في أول الفصل أن المعتبر في ذات العبد عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله هي الآدمية دون المالية، فإنها مهدرة في ذاته عندهما في فصل الجناية، ولهذا لو زادت قيمته على تمام الدية ينقص عنه عشرة دراهم عندهما فكان بين كلاميه في المقامين تدافع، اللهم إلا أن يحمل قوله هنا إن المالية وإن كانت معتبرة في الذات على مجرد الفرض فالمعنى أن المالية وإن فرضت معتبرة في الذات فالآدمية غير مهدرة فيه لكنه لا يخلو عن بعد.

بالإجماع، فإن الشرع قد أوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الأطراف، ولأنها أولى باعتبار المالية فيها لأنها يسلك بما مسلك الأموال، وإذا كانت معتبرة في الأطراف كان قيامها فيها كقيامها في الذات وفواتها بفواتها كفواتها بفوات الذات، فكان إتلاف الأطراف كإتلاف الذات من وجه بتوفيت جنس المنفعة **(وقد وجد إتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة)** فيجب الضمان **(والضمان يتقدر بقيمة الكل وأداء قيمة الكل)** يقتضي **(تملك الجثة دفعاً للضرر ورعاية للمماثلة بخلاف ما إذا فقأ عيني حر لأنه ليس فيه معنى المالية، وبخلاف عيني المدبر لأنه لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك، وفي قطع إحدى اليدين وفقء إحدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة)** حتى يصير بمنزلة إتلاف النفس. ولما فرغ من الاستدلال على الشافعي رحمه الله شرع في الاستدلال لبعض أصحابنا رحمهم الله فقال **(ولهما)** أي لأبي يوسف ومحمد رحمهما الله أن معنى المالية لما كان معتبراً وجب أن يتخير المولى على الوجه الذي ذكرناه: وهو قوله وقالا إن شاء أمسك العبد الخ وبين الملازمة بقوله: **(كما في سائر الأموال، فإن من خرق ثوب غيره خرقاً فاحشاً إن شاء المالك دفع الثوب إليه وضمنه قيمته، وإن شاء أمسك الثوب وضمنه النقصان. وله أن المالية وإن كانت معتبرة في الذات فالآدمية غير مهدرة فيه وفي الأطراف أيضاً؛ ألا ترى أن عبداً الخ)** وهو واضح. وقوله: **(ثم من أحكام الأولى)** أي الآدمية **(أن لا ينقسم على الأجزاء)** أي لا يتوزّع كمال بدل النفس على النفس والفائت من الطرف، بل يكون بإزاء الفائت لا غير كما في فقء عيني الحرّ **(ولا يتملك الجثة)** وقوله: **(ومن أحكام الثانية)** أي المالية **(أن ينقسم)** أي موجب الجناية وهو الضمان على الأجراء والجثة وتملك الجثة كما في تخريق الثوب. **(فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم)** يعني بالنظر إلى الآدمية ينبغي أن لا يجب الضمان متوزعاً بل بإزاء الفائت لا غير، وبالنظر إلى المالية ليس له أن يأخذ كل بدل العين مع إمساكه الجثة كما أنه ليس له ذلك في المال، وفيما قالا إلغاء لجانب الآدمية حيث جعلاه كالثوب المخروف، وفيما قال الشافعي رحمه الله إلغاء لجانب المالية أصلاً حيث جعله كحرّ فقىء عيناه فوفرنا على الشبهين حظهما وقلنا: إن شاء المولى دفع عبده وأخذ قيمته نظراً إلى المالية، وإن شاء أمسكه ولا شيء له نظراً إلى الآدمية، والله أعلم.

قوله: **(وفيما قاله الشافعي إلغاء لجانب المالية أصلاً حيث جعله كحر فقىء عيناه)** أقول: الشافعي اعتبر المالية فيما إذا قتل العبد خطأ، فما باله اعتبر ها هنا الآدمية.

فصل في جناية المدبر وأم الولد

قال: (وإذا جنى المدبر أو أم الولد جناية ضمن المولى الأقل من قيمته ومن أرشها) لما روي عن أبي عبيدة رضي الله عنه أنه قضى بجناية المدبر على مولاه[١]، ولأنه صار مانعاً عن تسليمه في الجناية بالتدبير أو الاستيلاد من

فصل في جناية المدبر وأم الولد والجناية على كل واحد منهما

لما ذكر باب جناية المملوك والجناية عليه قدم من هو أكمل في استحقاق اسم المملوكية وهو العبد، ثم ذكر فصل من هو أحط رتبة في اسم المملوكية وهو المدبر وأم الولد، كذا في الشروح. قال بعض الفضلاء: فيه أن الملك كامل في المدبر وأم الولد دون الرق كما صرحوا به، بخلاف المكاتب فإنه على العكس اهـ. أقول: في الجواب عنه من طرف الشراح أن كمال الملك في المدبر وأما الولد بالنسبة إلى المكاتب حيث يملكهما المولى يداً ورقبة، بخلاف المكاتب فإن مولاه يملكه رقبة لا يداً كما عرف في محله لا ينافي أكملية الملك في العبد، فإن مولاه كما يملكه يداً ورقبة يملكه من جهات عامة التصرفات فيه، بخلاف المدبر وأم الولد فإن مولاهما لا يملك التصرف فيهما من جهة البيع والهبة وأشباهها لأنهما لا يصلحان ذلك عندنا على ما عرف أيضاً في محله. ولا يخفى أن أكملية الملك في العبد كافية في تقديمه على المدبر وأم الولد في الذكر في باب جناية المملوك والجناية عليه، وقد أفصح عنه عبارة الشراح حيث قالوا: قدم من هو أكمل في استحقاق اسم المملوكية وهو العبد تبصر قوله: (عملاً بالشبهين) قال جمهور الشراح: يعني لما علمنا بشبه التأخر في ضمان الجناية حتى اعتبرنا قيمته يوم الجناية الثانية في حقها وجب أن نعمل بشبه المقارنة في حق تضمين نصف المدفوع اهـ. أقول: فيه نظر، إذ للخصم أن يقول: قد تحقق العمل بشبه المقارنة في حق تشريك وليّ الجناية الثانية لوليّ الجناية الأولى، إذ لولا العمل بذلك لكان المدفوع كله لولي الجناية الأولى، خاصة لتقدمه في استحقاقه المدفوع على ولي الجناية الثانية حقيقة وحكماً،

فصل في جناية المدبر وأم الولد

لما ذكر باب جناية المملوك والجناية عليه قدم من هو أكمل في استحقاق اسم المملوكية وهو العبد، ثم ذكر فصل من هو أحط رتبة منه في اسم المملوكية وهو المدبر وأم الولد، غير أن أم الولد أحط رتبة أيضاً من المدبر في ذلك الاسم حتى أن القاضي لو قضى بجواز بيعها لا ينفذ، بخلاف المدبر وهي أنثى أيضاً فالأنوثة والانحطاط في اسم المملوكية أوجبا تأخير ذكرها عن ذكر المدبر. قال: (وإذا جنى المدبر وأم الولد جناية ضمن المولى الخ) جناية المدبر على سيده في ماله دون عاقلته حالة (لما روي أن أبا عبيدة بن الجراح رضي الله عنه قضى بجناية المدبر على مولاه) وكان أميراً بالشام، وقضاياه تظهر بين الصحابة رضي الله عنهم، وكان حكمه بمحضر من الصحابة ولم ينكره عليه أحد فحل محل الإجماع (ولأنه صار مانعاً من تسليمه) كما ذكره في الكتاب، ويضمن المولى الأقل من قيمته ومن الأرش لأنه لا حق لولي الجناية في أكثر من الأرش ولا منع من المولى في أكثر من القيمة. وقوله: (ولا يخير بين الأقل والأكثر) واضح وقوله: (ويتضاربون بالحصص فيها) أي في القيمة (وتعتبر قيمته لكل واحد في حال الجناية عليه) قال في النهاية: ومن صورته ما ذكره في المبسوط قال: وإذا قتل المدبر رجلاً خطأ وقيمته ألف درهم ثم زادت قيمته إلى ألفين ثم قتل آخر خطأ ثم أصابه عيب فرجعت قيمته إلى خمسمائة ثم قتل آخر خطأ فعلى مولاه ألفا درهم لأنه جنى على الثاني وقيمته ألفان، ولو لم يكن منه إلا تلك الجناية لكان المولى ضامناً قيمته ألفين ثم ألف من هذا الوليّ القتيل الأوسط خاصة، لأن وليّ الأول إنما يثبت حقه في قيمته يوم جنى على وليه وهو ألف

فصل في جناية المدبر وأم الولد

قوله: (وهو العبد) أقول: الأولى وهو القن قوله: (ثم ذكر فصل من هو أحط رتبة في اسم المملوكية وهو المدبر وأم الولد) أقول: فيه أن الملك كامل في المدبر وأم الولد دون الرق على ما صرحوا به، بخلاف المكاتب فإنه على العكس.

---

(١) موقوف. أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه كما في نصب الراية ٤/ ٣٨٩ عن أبي عبيدة بن الجراح.

غير اختياره الفداء فصار كما إذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم، وإنما يجب الأقل من قيمته ومن الأرش لأنه لا حق لوليّ الجناية في أكثر من الأرش، ولا منع من المولى في أكثر من القيمة، ولا تخيير بين الأقل والأكثر لأنه لا يفيد في جنس واحد لاختياره الأقل لا محالة، بخلاف القن لأن الرغبات صادقة في الأعيان فيفيد التخيير بين الدفع والفداء **(وجنايات المدبر وإن توالت لا توجب إلا قيمة واحدة)** لأنه لا منع منه إلا في رقبة واحدة، ولأن دفع القيمة كدفع العبد وذلك لا يتكرر فهذا كذلك، ويتضاربون بالحصص فيها، وتعتبر قيمته لكل واحد في حال الجناية عليه لأن المنع في هذا الوقت يتحقق. قال: **(فإن جنى جناية أخرى وقد دفع المولى القيمة إلى وليّ الأولى بقضاء فلا شيء عليه)** لأنه مجبور على الدفع. قال: **(وإن كان المولى دفع القيمة بغير قضاء فالوليّ بالخيار، وإن شاء اتبع المولى وإن شاء اتبع وليّ الجناية، وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: لا شيء على المولى)** لأنه حين دفع لم تكن الجناية

ولكن لما جعلنا الثانية مقارنة للأولى حكماً علمنا بشبه المقارنة فشركنا وليّ الثانية لوليّ الأولى كما دل عليه قول المصنف لأن الثانية مقارنة حكماً من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية الأولى، فإذا وقع العمل بشبه المقارنة مرة فقد وجد العمل بالشبهين فلم يبق الاحتياج إلى العمل بشبههما مرة أخرى بتضمين بعض المدفوع للمولى. وقال صاحب الغاية في بيان معنى المقام: جعلت الثانية كالمقارنة في حق التضمين إذا وقع بغير قضاء لأنه أبطل ما تعلق به حق الثاني، ولم تجعل كالمقارنة إذا وقع بقضاء لأنه مجبور بالدفع عملاً بشبهي المقارنة والتأخر اهـ. وقد نقله صاحب العناية بقيل بعد أن ذكر المعنى الأول ولم يتعرض له بشيء. أقول: فيه خلل، لأن العمل بالشبهين أمر واجب مهما أمكن على ما عرف في موضعه، فلما أمكن العمل بهما في صورة واحدة مما نحن فيه وهي ما إذا وقع الدفع بغير قضاء كما ظهر مما سبق لم يصح المصير في اعتبار العمل بهما إلى التوزيع على مجموع الصورتين كما فعله ذلك

درهم فلا حق له في الألف الثانية فيسلم ذلك لوليّ القتيل الأوسط وخمسمائة من الألف الأولى بين وليّ القتيل الأول وبين الأوسط، لأنه لا حق في هذه الخمسمائة لوليّ القتيل الثالث، وإنما حقه في قيمته يوم جنى على وليه فتقسم هذ الخمسمائة بين الأوسط والأول يضرب فيها الأول بعشرة آلاف والأوسط بتسعة آلاف لأنه وصل إليه من حقه ألف والخمسمائة الباقية بينهم جميعاً يضرب فيها الآخر بعشرة آلاف، لأنه ما وصل إليه شيء من حقه ويضرب الأول بعشرة آلاف إلا ما أخذ لأنه وصل إليه من حقه مقدار المأخوذ فلا يضرب به، وكذلك الأوسط لا يضرب ما أخذ في المرتين، وإنما يضرب بما بقي من حقه فتقسم الخمسمائة بينهم على ذلك. وقوله: **(وإن دفع قيمته بغير قضاء فالوليّ بالخيار)** أي فوليّ جناية الثانية بالخيار **(إن شاء اتبع المولى)** بنصف قيمته في ذمته ثم يرجع المولى على الأول لأنه تبين أنه استوفى منه زيادة على مقدار حقه **(وإن شاء اتبع وليّ الجناية)** الأولى وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: **(لا شيء على المولى)** لأنه ليس بجان في الدفع **(لأنه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة وقد دفع كل الحق إلى مستحقه فصار كما إذا دفع بالقضاء)** لأنه فعل بنفسه عين ما يأمره القاضي لو رفع إليه فيكون القضاء وغير القضاء فيه سواء كما في الرجوع في الهبة. ولأبي حنيفة رحمه الله أن كل واحد من الدافع والقابض جان، أما الدافع وهو المولى فلأنه دفع حق ولي الجناية الثانية طوعاً، وأما القابض وهو ولي الجناية الأولى فيقبض حق ولي الثانية ظلماً، والرجوع على الجاني جائز فيخير في الرجوع وبين ذلك بقوله: **(وهذا لأن الثانية مقارنة حكماً من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية الأولى، ومتأخرة حكماً من حيث أنه يعتبر قيمة يوم الجناية الثانية في حقها، فجعلت الثانية كالمقارنة للأولى في حق التضمين لإبطاله)** أي إبطال المولى **(ما تعلق به من حق ولي الجناية الثانية)** وذلك لأنه يجب عليه الضمان باعتبار منع الرقبة بالتدبير السابق، وذلك في حق أولياء الجنايتين سواء فيجعل كأن الدفع كان بعد وجود الجنايتين جميعاً، وهناك لو دفع إلى أحدهما جميع القيمة بغير قضاء كان للآخر الخيار فكذلك ها هنا. وقوله: **(عملاً بالشبهين)** يعني لما عملنا بشبه التأخر في ضمان الجناية حتى اعتبرنا قيمته يوم الجناية الثانية في حقها وجب أن يعمل بشبه المقارنة في حق تضمين نصف المدفوع، وقيل جعلت الثانية كالمقارنة في حق التضمين إذا دفع بغير قضاء لأنه أبطل ما تعلق به حق الثاني،

الثانية موجودة فقد دفع كل الحق إلى مستحقه وصار كما إذا دفع بالقضاء. ولأبي حنيفة أن المولى جان يدفع حق وليّ الجناية الثانية طوعاً، ووليّ الأولى ضامن بقبض حقه ظلماً فيتخير، وهذا لأن الثانية مقارنة حكماً من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية الأولى، ومتأخرة حكماً من حيث أنه تعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقها فجعلت كالمقارنة في حق التضمين لإبطاله ما تعلق به من حق وليّ الثانية عملاً بالشبهين. **(وإذا أعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات لم تلزمه إلا قيمة واحدة)** لأن الضمان إنما وجب عليه بالمنع فصار وجود الإعتاق من بعد وعدمه بمنزلة **(وأم الولد بمنزلة المدبر في جميع ما وصفنا)** لأن الاستيلاد مانع من الدفع كالتدبير **(وإذا أقرّ المدبر بجناية الخطإ لم يجز إقراره ولا يلزمه به شيء عتق أو لم يعتق)** لأن موجب جناية الخطإ على سيده وإقراره به لا ينفذ على السيد، والله أعلم.

القائل، وإنما كان يصح ذاك لو لم يتصوّر العمل بهما في صورة واحدة، بل كان اعتباره موقوفاً على مجموع الصورتين وليس فليس، ثم إنه يرد عليه أيضاً أن يقال: يتحقق العمل بالشبهين بأن تجعل الثانية كالمقارنة للأولى في حق تشريك وليّ الثانية لوليّ الأولى، وأن تجعل متأخرة عنها من حيث أن يعتبر قيمته يوم الجناية فلم يقتض العلم بهما ما هو المطلوب هنا كما لا يخفى.

ولم تجعل كالمقارنة إذا دفع بقضاء لأنه مجبور بالدفع عملاً بشبهي المقارنة والتأخر. وقوله: **(وإذا أعتق المولى المدبر الخ)** واضح.

قوله: **(وجب أن يعمل بشبه المقارنة)** أقول: قد عمل به في حق تشريكه لولي الجناية الأولى، ثم الأولى تبديل النصف بالبعض.

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

قال: **(ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ومات في يده من القطع فعليه قيمته أقطع، وإن كان المولى قطع يده في يد الغاصب فمات من ذلك الغاصب لا شيء عليه)** والفرق أن الغصب قاطع للسراية لأنه سبب الملك كالبيع فيصير كأنه هلك بآفة سماوية فتجب قيمته أقطع، ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة إلى

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

قال في النهاية: لما ذكر حكم المدبر في الجناية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه وذكر حكم من يلحق به اهـ. واقتفى أثره صاحب العناية. أقول: فيه قصور وفتور. أما أوّلاً فلأن وجه ذكر غصب العبد في هذا الباب كان ضائعاً على هذا التوجيه. وأما ثانياً فلأن ما ذكر في هذا الباب مما يرد على المدبر ويرد منه من قبل الجناية عليه أو الجناية منه فكان من حكم المدبر في الجناية، فما معنى قوله لما ذكر حكم المدبر في الجناية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه. وأما ثالثاً فلأن الصبيّ ليس بملحق بالمدبر في حكمه المذكور في هذا الباب كما لا يخفى على الناظر المتأمل في المسائل الآتية في هذا الباب. نعم يجوز أن يعدّ ملحقاً بالمدبر بل بالعبد في كونه محجوراً عن التصرفات على ما بين في كتاب الحجر، ولكنه لا يقتضي ذكر حكمه في هذا الباب دون الباب السابق فلا يتم التقريب في قوله وذكر حكم من يلحق به. وقال في معراج الدراية: لما ذكر حكم العبد والمدبر في الجناية شرع في بيان ما يرد عليهما وما يرد منهما وذكر حكم من يلحق بهما اهـ. أقول: وقع فيه تدارك دفع المحذور الأول من المحذورات الورادة على تقرير صاحبي النهاية والعناية، ولكن بقي المحذوران الأخيران منها واردين عليه أيضاً كما نرى وقال في غاية البيان: لما ذكر جناية العبد والمدبر ذكر في هذا الباب جنايتهما مع غصبهما لأن المفرد قبل المركب ثم جرّ كلامه إلى بيان حكم غصب الصبي اهـ وتبعه العيني. أقول: هذا أشبه الوجوه المذكورة وإن أمكن التقرير بأحسن منه تدبر قوله: **(والفرق أن الغصب قاطع للسراية لأنه سبب الملك كالبيع فيصير كأنه هلك بآفة سماوية الخ)** واعترض الإمام قاضيخان في شرح الجامع الصغير على هذا التعليل بعد أن نقله عن بعض المشايخ، ثم علل المسألة بوجه آخر حيث قال بعد نقل ذلك: إلا أن هذا يخالف مذهبنا، فإن الغصب لا يقطع السراية ما لم يملك البدل على الغاصب بقضاء أو رضا، لأن السراية إنما تقطع به باعتبار تبدل الملك، وإنما يتبدل الملك به إذا ملك البدل على الغاصب، وأما قبله فلا كما نص عليه في آخر رهن الجامع والباب الثاني من جناياته، إلا أنه إنما ضمن الغاصب هنا قيمة العبد أقطع لأن السراية وإن لم تنقطع فالغصب ورد على مال متقوّم فانعقد سبب الضمان فلا

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

لما ذكر حكم المدبر في الجناية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه، وذكر حكم من يلحق به. قال: **(ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل)** ذكر في هذه المسألة أن غصب العبد بعد أن قطع المولى يده يقطع السراية وقبله لا يقطعها، وفرق بينهما **(بأن الغصب سبب الملك كالبيع، فيصير كأنه هلك بآفة سماوية فيجب قيمته أقطع، ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة إلى البداية فصار المولى متلفاً فيصير مسترداً)** وكيف لا يكون مسترداً **(وأنه استولى عليه وهو استرداد فيبرأ الغاصب عن الضمان)** واعترض الإمام قاضيخان بأن هذا يخالف مذهبنا، فإن الغصب لا يقطع السراية ما لم يملك البدل

باب غصب العبد والمدبر والصبيّ والجناية في ذلك

قوله: **(ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني، فكانت السراية مضافة إلى البداية فصار المولى متلفاً فيصير مسترداً)** أقول: هذا الفرق مشكل لأن السراية إنما تنقطع باعتبار تبدل الملك لاختلاف المستحقين والغصب ليس بسبب الملك وصفاً والغاصب لا يملك إلا بأداء الضمان ضرورة كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد وذلك بعد ملك المولى البدل، ولم يوجد تحققه لأن معنى قولهم بقطع السراية أن ما

البداية فصار المولى متلفاً فيصير مسترداً، كيف وأنه استولى عليه وهو استرداد فيبرأ الغاصب عن الضمان. قال: **(وإذا غصب العبد المحجور عليه عبداً محجوراً عليه فمات في يده فهو ضامن)** لأن المحجور عليه مؤاخذ بأفعاله. قال: **(ومن غصب مدبراً فجنى عنده جناية أخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان)** لأن المولى بالتدبير السابق أعجز نفسه عن الدفع من غير أن يصير مختاراً للفداء فيصير مبطلاً حق أولياء الجناية إذ حقهم فيه ولم يمنع إلا رقبة واحدة فلا يزاد على قيمتها، ويكون بين وليي الجنايتين نصفين لاستوائهما في الموجب. قال: **(ويرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب)** لأنه استحق نصف البدل بسبب كان في يد الغاصب فصار كما إذا استحق نصف العبد بهذا السبب.

يبرأ عنه الغاصب إلا إذا ارتفع الغصب، ولم يرتفع لأن الشيء إنما يرتفع بما هو فوقه أو مثله، ويد الغاصب ثابتة على المغصوب حقيقة وحكماً، ويد المولى باعتبار السراية ثبتت عليه حكماً لا حقيقة لأن بعد الغصب لم تثبت يده على العبد حقيقة، والثابت حكماً دون الثابت حقيقة وحكماً فلم يرتفع الغصب باتصال السراية إلى فعل المولى فتقرر عليه الضمان، بخلاف ما لو جنى عليه بعد الغصب لأن الغصب يرتفع بها، إلى هنا كلام قاضيخان. وقد نقله جماعة من الشراح ولم يتعرضوا له بشيء. وأما صاحب العناية فبعد أن نقل ما قاله قاضيخان أورد على ما اختاره من التعليل نظراً حيث قال: وفيه نظر، لأنا لا نسلم أن يد الغاصب عليه ثابتة حكماً، فإن يد المولى ثابتة عليه حكماً ولا يثبت على الشيء الواحد يدان حكميتان بكمالهما واليد الحقيقية واجبة الرفع لكونها عدواناً لا تصلح معارضاً ولا مرجحاً انتهى. أقول: نظره ساقط، إذ لا وجه لمنع ثبوت يد الغاصب عليه حكماً، فإن معنى ثبوت اليد على الشيء

على الغاصب بقضاء أو رضا، لأن السراية إنما تنقطع به باعتبار تبدل الملك، وإنما يتبدل الملك به إذا ملك البدل على الغاصب أما قبله فلا. قال: نص عليه في آخر رهن الجامع الثاني من جناياته، إلا أنه إنما ضمن الغاصب هنا قيمة العبد أقطع لأن السراية وإن لم تنقطع فالغصب ورد على مال متقوم فانعقد سبب الضمان فلا يبرأ عنه الغاصب إلا إذا ارتفع الغصب ولم يرتفع، لأن الشيء إنما يرتفع بما هو فوقه أو مثله، ويد الغاصب ثابتة على المغصوب حقيقة وحكماً، ويد المولى باعتبار السراية ثبتت عليه حكماً لا حقيقة، لأن بعد الغصب لم تثبت يده على العبد حقيقة، والثابت حكماً دون الثابت حقيقة وحكماً فلم يرتفع الغصب باتصال السراية إلى فعل المولى فتقرر عليه الضمان، وفيه نظر لأنا لا نسلم أن يد الغاصب عليه ثابتة حكماً، فإن يد المولى ثابتة عليه حكماً، ولا تثبت على الشيء الواحد يدان حكميتان بكمالهما، واليد الحقيقية واجبة الرفع لكونها عدواناً لا يصلح معارضاً ولا مرجحاً. وقوله: **(وإذا غصب العبد المحجور عليه)** واضح. وقوله: **(مؤاخذ بأفعاله)** يعني في حال رقه، وأما في أقواله؛ فإن كان فيما يوجب الحدود والقصاص فكذلك، وإن كان فيما يجب به المال فلا يؤاخذ به في رقه، وإنما يؤاخذ به بعد الحرية. وقوله: **(ومن غصب مدبراً)** واضح. وقوله: **(من غير أن يصير مختاراً للفداء)** لأن المولى لم يعلم وقت التدبير بجناية تحدث من المدبر في المستقبل فصار هذا بمنزلة إعتاق العبد الجاني من غير علم بجنايته فإن فيه الأقل من قيمته ومن الأرش فكذا هذا. وقوله: **(فيصير)** ظاهر. وقوله: **(فصار كما إذا استحق نصف العبد بهذا السبب)** أي بسبب كان عند الغاصب كما إذا غصب عبداً فجنى في يده فرده إلى المولى فجنى جناية فدفع إلى وليي الجنايتين كان للمولى أن يأخذ من الغاصب نصف قيمته، كذا هذا وقوله: **(ويدفعه)** أي النصف المأخوذ من الغاصب **(إلى وليّ الجناية الأولى ثم يرجع بذلك)** أي المدفوع إلى وليّ الجناية **(على الغاصب، وهذا)** أي هذا الدفع الثاني والرجوع الثاني **(عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله)** وقال محمد رحمه الله: يرجع بنصف قيمته فيسلم له، أي لا يدفعه إلى وليّ الجناية الأولى **(لأن الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولي الجناية الأولى فلا يدفعه إليه لئلا يؤدي إلى اجتماع البدل والمبدل في ملك**

حصل من التلف بالسراية يكون هدراً، إلا أن ينسب ذلك إلى غير الجاني، كذا في شرح الزيلعي، وفيه أن المراد بقطع السراية ليس ما هو المعروف، بل أن لا يجعل الهلاك مضافاً إلى قطع المولى فيبرأ الغاصب عن الضمان فإنه يجعل في حق الغاصب كأنه مات بآفة سماوية فيضمن فليتأمل قوله: **(لأن السراية إنما تنقطع به)** أقول: ضمير به راجع إلى الغصب قوله: **(ولا يثبت على الشيء الواحد يدان حكميتان)** أقول: قال عليه الصلاة والسلام «على اليد ما أخذت حتى ترد».

قال: **(ويدفعه إلى وليّ الجناية الأولى ثم يرجع بذلك على الغاصب، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وقال محمد رحمه الله: يرجع بنصف قيمته فيسلم له)** لأن الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم الوليّ الجناية الأولى فلا يدفعه إليه كيلا يؤدي إلى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد، وكيلا يتكرّر الاستحقاق. ولهما أن حق الأول في جميع القيمة لأنه حين جنى في حقه لا يزاحمه أحد، وإنما انتقص باعتبار مزاحمة الثاني فإذا وجد شيئاً من بدل العبد في يد المالك فارغاً يأخذه ليتم حقه فإذا أخذه منه يرجع المولى بما أخذه على الغاصب لأنه

حكماً أن يترتب على تلك اليد حكم من الأحكام، وقد ترتب على يد الغاصب فيما نحن فيه وجوب الضمان بالإجماع. وأما سند منعه فليس بتامّ أيضاً إذ لا محذور في أن يثبت على الشيء الواحد يدان حكميتان بكمالهما من جهتين مختلفين وها هنا كذلك، فإن ثبوت يد المولى على العبد المغصوب منه حكماً باعتبار سراية القطع الذي صدر منه في يده، وثبوت يد الغاصب عليه حكماً باعتبار ثبوت يده عليه حقيقة فاختلفت الجهتان. قوله: **(وقال محمد رحمه الله: يرجع بنصف قيمته فيسلم له، لأن الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لوليّ الجناية الأولى فلا يدفعه إليه كيلا يؤدي إلى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد)** قال تاج الشريعة جواباً عنه من قبل الإمامين: وهما يقولان ليس هذا عوض ما أخذه وليّ الجناية الأولى حتى يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد، بل هو عوض ما أخذه وليّ الجناية الثانية فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد اهـ. أقول: فيه نظر، لأن الذي يرجع به المولى على الغاصب كيف يصلح أن يكون عوض ما أخذه وليّ الجناية الثانية والجناية الثانية في مسألتنا هذه وقعت عند المولى لا عند الغاصب، فأنى يصح أن يأخذ المولى من الغاصب عوضاً عما دفعه إلى وليّ الجناية التي صدرت من مدبره حال كونه في يده، والعهدة في مثل ذلك على ذي اليد دون غيره كما لا ريب فيه. وعن هذا فرّق محمد بين هذه المسألة وبين المسألة الآتية التي هي عكس هذه المسألة حيث وافق الإمامين هناك كما ستطلع عليه. وقال صاحب العناية: والجواب أن المولى ملك ما قبضه من الغاصب ودفعه إلى وليّ الجناية الأولى عوضاً عما أخذه وليّ الجناية الثانية دون الأولى فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد اهـ. أقول: هذا قريب مما ذكره تاج الشريعة، إلا أن في تقريره مساغ التخلص عما أوردناه على تقرير تاج الشريعة حيث اعتبر التعارض في جانب الدفع إلى وليّ الجناية الأولى لا في جانب الرجوع على الغاصب تأمل تفهم. ثم إن الأظهر في الجواب عما قاله محمد من الجمع بين البدل والمبدل ما ذكره جمهور الشراح وعزاه صاحب الغاية إلى الإمام

رجل واحد ولئلا يتكرّر الاستحقاق) والجواب أن المولى ملك ما قبضه من الغاصب ودفعه إلى وليّ الجناية الأولى عوضاً عما أخذه وليّ الجناية الثانية دون الأولى فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد **(ولهما أن حق الأول في جميع القيمة، لأنه حين جنى في حقه لا يزاحمه أحد، وإنما انتقص حقه بمزاحمة الثاني، فإذا وجد شيئاً من بدل العبد في يد الملك فارغاً أخذه إتماماً لحقه، وإذا أخذه منه يرجع المولى بما أخذه على الغاصب لأنه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب)** واعترض بأن الثانية مقارنة للأولى فكيف يكون حق الأول في جميع القيمة. والجواب أن المقارنة جعلت حكماً في حق التضمين لا غير، والأولى متقدمة حقيقة وقد انعقدت موجبة لكل القيمة من غير مزاحم وأمكن توفير موجبها فلا يمتنع بلا مانع. وقال: **(وإن كان جنى عند المولى فغصبه رجل)** هذه المسألة عكس المسألة المتقدمة من حيث الوضع وحكمه ما ذكره وهو بالاتفاق، والفرق لمحمد رحمه الله بينهما وبين المسألة المتقدمة أنه متى دفع نصف المقبوض من الغاصب إلى ولي الجناية الأولى لم يؤدّ إلى الجمع بين البدل، لأنه لما كانت الجناية الأولى عند المولى كان ما أخذه المولىٰ من الغاصب بدلاً عما دفع إلى وليّ الجناية الثانية دون الأولى، لأن الثانية هي الموجودة عند الغاصب، وإذا لم يكن بدلاً عما دفع إليه لا يلزم بالدفع جمع بين البدل والمبدل. وقوله: **(ثم وضع)** يعني أن محمداً رحمه الله وضع في الجامع الصغير هذه المسألة في العبد بعد ما وضعها في المدبر وكلامه فيه واضح. وقوله: **(ومن غصب مدبراً فجنى عنده جناية)** كذلك. وقوله: **(ثم قيل هذه المسألة على الاختلاف)** يعني قال بعض المشايخ رحمهم الله: في هذه المسألة خلاف محمد رحمه الله أيضاً كما في مسألة الأولى حتى يسلم للمولى ما رجع به من القيمة على الغاصب، ولا يأخذ ولي الجناية الأولى ما بقي من حقه، وقيل على

استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب. قال: **(وإن كان جنى عند المولى فغصبه رجل فجنى عنده جناية أخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان ويرجع بنصف القيمة على الغاصب)** لما بينا في الفصل الأول، غير أن استحقاق النصف حصل بالجناية الثانية إذ كانت هي في يد الغاصب فيدفعه إلى وليّ الجناية الأولى ولا يرجع به على الغاصب وهذا بالإجماع. ثم وضع المسألة في العبد فقال: **(ومن غصب عبداً فجنى في يده ثم رده فجنى جناية أخرى فإن المولى يدفعه إلى ولي الجنايتين ثم يرجع على الغاصب بنصف القيمة فيدفعه إلى الأول ويرجع به على الغاصب، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وقال محمد رحمه الله: يرجع بنصف القيمة فيسلم له، وإن جنى عند المولى ثم غصبه فجنى في يده دفعه المولى نصفين ويرجع بنصف قيمته فيدفعه إلى الأول ولا يرجع به)** والجواب في العبد كالجواب في المدبر في جميع ما ذكرنا، إلا أن في هذا الفصل يدفع المولى العبد وفي الأول يدفع القيمة. قال: **(ومن غصب مدبراً فجنى عنده جناية ثم ردّه على المولى ثم غصبه ثم جنى عنده جناية فعلى المولى قيمته بينهما نصفان)** لأنه منع رقبة واحدة بالتدبير فيجب عليه قيمة واحدة **(ثم يرجع بقيمته على الغاصب)** لأن الجنايتين كانتا في يد الغاصب **(فيدفع نصفها إلى الأول)** لأنه استحق كل القيمة، لأن عند وجود الجناية عليه لا حق لغيره، وإنما انتقص بحكم المزاحمة من بعد. قال: **(ويرجع به على الغاصب)** لأن الاستحقاق بسبب كان في يده ويسلم له، ولا

قاضيخان حيث قال: وجوابه ما قال فخر الدين قاضيخان أن ما أخذه المولى من الغاصب هو بدل عن المدفوع إلى وليّ الجناية الأولى من العبد فيما بين المولى والغاصب. وأما في حق ولي الجناية الأولى فلا يعتبر بدلاً عن العبد بل يعتبر بدلاً عن الميت ويكون الشيء الواحد بدلاً عن عين في حق إنسان، ويكون بدلاً عن شيء آخر في حق غيره كالنصراني إذا باع الخمر وقضى منه دين المسلم يجوز ويكون المأخوذ بدل الخمر في حق النصراني وفي حق المسلم بدل دينه كذا ها هنا اهـ. قوله: **(ولهما أن حق الأوّل في جميع القيمة لأنه حين جنى في حقه لا يزاحمه أحد، وإنما انتقص باعتبار مزاحمة الثاني الخ)** قال في العناية: واعترض بأن الثانية مقارنة للأولى حكماً فيكف يكون حق الأول في جميع القيمة، والجواب أن المقارنة جعلت حكماً في حق التضمين لا غير، والأولى متقدمة حقيقة وقد انعقدت موجبة لكل القيمة من غير مزاحم وأمكن توفير موجبها فلا يمتنع بلا مانع اهـ. أقول: في الجواب بحث، لأنا لا نسلم أن المقارنة جعلت حكماً في حق التضمين لا غير بل جعلت حكماً أيضاً في حق مشاركة وليّ

الاتفاق، ويأخذ وليّ الجناية الأولى تمام حقه وهو نصف القيمة من المولى إذا رجع على الغاصب قيل وهذا هو الصحيح، لأن محمداً رحمه الله ذكر هذه المسألة في الجامع الصغير بلا خلاف، وكذا قرره فخر الإسلام رحمه الله وغيره في شروح الجامع الصغير، فعلى هذا يحتاج محمد رحمه الله إلى الفرق بين هاتين المسألتين وقد ذكره في الكتاب، لكن قوله: **(فأما في هذه المسألة فيمكن الخ)** فيه نظر، فإن الجناية الثانية وإن حصلت في يد الغاصب لكن أخذ المولى منه حقها أوّل مرة ولم يبق لوليها استحقاق حتى يجعل المأخوذ من الغاصب ثانياً في مقابلة ما أخذه. وقوله: **(ومن غصب صبياً حراً)** أي ذهب به بغير إذن وليه فيكون ذكر الغصب في هذا الموضع بطريق المشاكلة، وهو أن يذكر الشيء بلفظ غيره لوقوعه في صحبته، وكلامه ظاهر خلا أنه يرد على وجه الاستحسان ما إذا غصب مكاتباً ونقله إلى هذه الأماكن وهلك فإنه لا ضمان والتعدي في التسبيب فيه موجود. وأجيب بأن المكاتب في يد نفسه وإن كان صغيراً فإنه ليس لأحد ولاية تزويجه فكان كالحر الكبير، والحرّ الكبير في يد نفسه، فكذا المكاتب وإن كان صغيراً. فإن قيل ما حكم الحر الكبير إذا نقل إلى هذه الأماكن تعدياً فأصابه شيء من ذلك؟ أجيب بأن حكمه أن ينظر إن كان الناقل قيده ولم يمكن التحرز عنه ضمن لأن المغصوب عجز عن حفظ نفسه بما صنع فيه فيجب الضمان على الغاصب وإن لم يمنعه من حفظ نفسه لا يضمن لأن البالغ العاقل إذا لم يحفظ نفسه بما صنع فيه فيجب الضمان على الغاصب، وإن لم يمنعه من حفظ نفسه لا يضمن لأن البالغ العاقل إذا لم يحفظ نفسه مع إمكانه كان التلف مضافاً إلى تقصيره لا إلى الغاصب فلا يضمن فكان حكم الحرّ الصغير حكم الحر الكبير المقيد بحيث لا يمكنه حفظ نفسه. قال: **(وإن أودع صبيّ عبداً فقتله)** كلامه ظاهر. وذكر في شرح الطحاوي: ومن أودع عند صبيّ مالاً فهلك في يده لا

يدفعه إلى وليّ الجناية الأولى، ولا إلى وليّ الجناية الثانية لأنه لا حق إلا في النصف لسبق حق الأول وقد وصل ذلك إليه. ثم قيل: هذه المسألة على الاختلاف كالأولى، وقيل على الاتفاق. والفرق لمحمد أن في الأولى الذي يرجع به عوض عما سلم لوليّ الجناية الأولى لأن الجناية الثانية كانت في يد المالك، فلو دفع إليه ثانياً يتكرر الاستحقاق، فأما في هذه المسألة فيمكن أن يجعل عوضاً عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي إلى ما ذكرناه. قال: **(ومن غصب صبياً حراً فمات في يده فجأة أو بحمى فليس عليه شيء، وإن مات من صاعقة أو نهسة حية فعلى عاقلة الغاصب الدية)** وهذا استحسان، والقياس أن لا يضمن في الوجهين وهو قول زفر والشافعي، لأن الغصب في الحر لا يتحقق؛ ألا يرى أنه لو كان مكاتباً صغيراً لا يضمن مع أنه حر يداً، فإذا كان الصغير حراً رقبة ويداً أولى. وجه الاستحسان أنه لا يضمن بالغصب ولكن يضمن بالإتلاف، وهذا إتلاف تسبيباً لأنه نقله إلى

الجناية الثانية لوليّ الجناية الأولى اهـ. فإذا جعلت المقارنة حكماً في حق مشاركة وليّ الجناية الثانية أيضاً كان وليّ الجناية الثانية مزاحماً لوليّ الجناية الأولى في استحقاقه جميع القيمة، فكيف يأخذ وليّ الجناية الأولى وحده كل القيمة مع مزاحمة وليّ الثانية له في استحقاقه إياه، وإن كان الاعتبار لتقدم الأولى حقيقة دون المقارنة الحكمية ينبغي أن لا يستحق وليّ الثانية شيئاً من قيمة المدبر، وليس الأمر كذلك بالإجماع فليتأمل في الجواب الشافي قوله: **(ولا إلى وليّ الجناية الثانية لأنه لا حق له إلا في النصف لسبق حق الأول)** أقول: لقائل أن يقول: إن كان حق وليّ الجناية الثانية يتعلق رأساً بنصف القيمة لا بكلها كما هو الظاهر من قوله لأنه لا حق له إلا في النصف ينبغي أن لا تكون التي وجبت على المولى بين ولي الجنايتين نصفين كما هو المذكور في وضع المسألة، بل ينبغي أن يكون بينهما أثلاثاً: ثلثاه لوليّ الجناية الأولى، وثلثه لوليّ الجناية الثانية لأن حق وليّ الجناية الأولى قد تعلق بكل القيمة كما صرح به المصنف فيما قبل حيث قال: لأنه استحق كل القيمة، وعلى تقدير أن يتعلق حق وليّ الجناية الثانية بنصف القيمة يكون حقه في القيمة نصف حق وليّ الجناية الأولى فينبغي أن يتضاربا في القسمة بقدر حقيهما فيها، إذ قد مر في الفصل السابق أن جنايات المدبر إذا توالت لا توجب إلا قيمة واحدة لأنه لا منع من المولى إلا في رقبة واحدة، وأولياء الجنايات يتضاربون بالحصص فيها وإن كان حق ولي الجناية الثانية يتعلق أيضاً بكل القيمة، ولكن يسقط نصفها بالتزاحم فيكون حقه الباقي له نصفها، وكان هذا هو المراد بقول المصنف لا حق له إلا في النصف ينبغي أن يدفع المولى ما يرجع به على الغاصب ثانياً إلى وليّ الجناية الثانية، لأن حقه كان في كل القيمة كون الجناية الأولى، إلا أنه سقط نصفها بالتزاحم، فلما اندفع التزاحم بوصول حق ولي الجناية الأولى إليه بتمامه كان ينبغي أن يعود حق ولي الجناية الثانية في النصف الساقط بالتزاحم إليه كحق وليّ الجناية الأولى. ثم أقول: يمكن

ضمان عليه بالإجماع، وإن استهلكه الصبي فإنه ينظر إن كان الصبي مأذوناً له في التجارة يضمن بالإجماع، وإن كان محجوراً عليه ولكنه قبل الوديعة بأمر وليه ضمن بالإجماع، وإن قبل بغير إذن وليه فلا ضمان عليه في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا في الحال ولا بعد الإدراك. وقال أبو يوسف رحمه الله: يضمن في الحال، وأجمعوا على أنه لو استهلك مال الغير من غير أن يكون عنده وديعة ضمن في الحال وهو تفسير حسن. وقوله: **(وهذا يدل على أن غير العاقل يضمن بالاتفاق)** يساعده فيه فخر الإسلام رحمه الله حيث ذكره في الجامع الصغير هكذا. وأما في غيره من شروح الجامع الصغير لصدر الإسلام وقاضيخان والتمرتاشي فالحكم على خلاف هذا حيث قالوا فيها: هذا الخلاف فيما إذا كان الصبي عاقلاً، وإن لم يكن عاقلاً فلا يضمن في قولهم جميعاً. وقوله: **(وكما إذا أتلفه غير الصبيّ في يد الصبيّ المودع)** يعني أنه يضمن المتلف، ولو كان

قوله: **(قيل وهذا هو الصحيح)** أقول: القائل هو الإتقاني قوله: **(فيه نظر فإن الجناية الثانية الخ)** أقول: فيه نظر، فإن لما أخذ ولي الجناية الأولى ما رجع به المولى أول مرة على الغاصب عوضاً عما سلم لولي الثانية لوجدانه شيئاً فارغاً من بدل العقل في يد المالك رجع المولى ثانياً على الغاصب، لأن الاستحقاق كان بسبب كان في يده، ولا يلزم في ذلك أن يبقى لولى الثانية استحقاق كما لا يخفى فتأمل.

أرض مسبعة أو إلى مكان الصواعق، وهذا لأن الصواعق والحيّات والسباع لا تكون في كل مكان، فإذا نقله إليه فهو متعدّ فيه وقد أزال حفظ الوليّ فيضاف إليه، لأن شرط العلة ينزل منزلة العلة إذا كان تعدّياً كالحفر في الطريق، بخلاف الموت فجأة أو بحمى، لأن ذلك لا يختلف باختلاف الأماكن، حتى لو نقله إلى موضع يغلب فيه الحمى والأمراض نقول بأنه يضمن فتجب الدية على العاقلة لكونه قتلاً تسبيباً. قال: **(وإذا أودع صبيّ عبداً فقتله فعلى عاقلته الدية، وإن أودع طعاماً فأكله لم يضمن)** وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف والشافعي: يضمن في الوجهين جميعاً، وعلى هذا إذا أودع العبد المحجور عليه مالاً فاستهلكه لا يؤاخذ بالضمان في الحال عند أبي حنيفة ومحمد، ويؤاخذ به بعد العتق. وعند أبي يوسف والشافعي يؤاخذ به في الحال. وعلى هذا الخلاف الإقراض والإعارة في العبد والصبيّ. وقال محمد في أصل الجامع الصغير: صبيّ قد عقل، وفي الجامع الكبير وضع المسألة في صبيّ ابن اثنتي عشرة سنة، وهذا يدل على أن غير العاقل يضمن بالاتفاق لأن التسليط غير معتبر وفعله معتبر لهما أنه أتلف مالاً متقوّماً معصوماً حقاً لمالكه فيجب عليه الضمان كما إذا كانت الوديعة عبداً وكما إذا أتلفه غير الصبيّ في يد الصبيّ المودع. ولأبي حنيفة ومحمد أنه أتلف مالاً غير معصوم فلا يجب الضمان كما إذا أتلفه بإذنه ورضاه، وهذا لأن العصمة تثبت حقاً له وقد فوّتها على نفسه حيث وضع المال في يد مانعة فلا يبقى مستحقاً للنظر

أن يجاب بأن يختار الشق الثاني، ويقال في الفرق بين وليي الجنايتين إن حق الأول يتعلق بكل القيمة ثم ينتقص نصفها بتزاحم الثاني من بعد ذلك ولكن لا يسقط بالكلية وحق الثاني أيضاً يتعلق بكلها ولكن يسقط نصفها بالكلية بتزاحم الأول، وذلك لأنه لا حق لغير الأول عند وجود الجناية الأولى، فانعقدت سبباً موجباً لاستحقاق كل القيمة، وانتقاص حقه إنما كان بعارض حدوث المزاحمة بعد ذلك، بخلاف الجناية الثانية فإنها وجدت والمزاحم مقارن فلم تنعقد سبباً موجباً لاستحقاق الزائد على النصف فسقط ما وراء النصف والساقط متلاش فلا يعود كما تقرر عندهم، ومرّ في مواضع شتى من الكتاب، هذا غاية ما تيسر من الكلام توجيه في المقام قوله: **(فأما في هذه المسألة فيمكن أن يجعل عوضاً عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي إلى ما ذكرناه)** قال صاحب العناية: فيه نظر، فإن الجناية الثانية وإن حصلت في يد الغاصب لكن أخذ المولى منه حقها أوّل مرة ولم يبق لوليها استحقاق حتى يجعل المأخوذ من الغاصب ثانياً في مقابلة ما أخذه اهـ. أقول هذا النظر ناشىء من غلط في استخراج مراد المصنف رحمه الله، فإن الشارح المذكور زعم أن مراد المصنف بما يجعل عوضاً عن الجناية الثانية في قوله يمكن أن يجعل

التسليط على الاستهلاك في حق الصبي المودع لثبت في حق غيره أيضاً لأن المال الذي سلط على استهلاكه بمنزلة المال المباح فكل من أتلفه لا يجب الضمان عليه، ومعنى التسليط تحويل يده في المال إليه. وقوله: **(في يد مانعة)** أي من الإيداع والإعارة: يعني أن المودع وضع المال في يد مانعة عن الإيداع، ومن فعل كذلك لا يستحق النظر لأنه أوقع ماله في يد تمنع يد غيره عليه باختياره، إلا إذا كان وضعه فيها بإقامة غيره مقام نفسه في الحفظ، ولم توجد الإقامة لأنه لا ولاية له على الصبي ولا للصبيّ على نفسه فكان تضييعاً من جهته. وقوله: **(لأنه لا ولاية له على الصبيّ)** فيه نظر، لأن إقامة غيره مقام نفسه لا يستدعي ثبوت ولاية القيم على المقام مقام نفسه، وإلا لانسدّ باب الوديعة. ويمكن أن يقال: إنما قال ذلك جواباً عما يقال: لو كان الإيداع من الصبي تسليطاً له على الإتلاف لضمن الأب مال الوديعة بتسليمه ابنه الصغير ليحفظها، لأن التسليم إليه تضييع على هذا التقدير والمودع يضمن بالتضييع، ومع ذلك لا ضمان عليه فكأنه قال: إقامة غيره مقام نفسه تستلزم إما ولاية المقيم على من أقامه مقامه كما في هذه الصورة أو ولاية المقام على نفسه كما في سائر صور الودائع، ولم يوجد شيء من ذلك في إيداع الصبي الأجنبي. وقوله: **(لأن عصمته لحقه)** أي لحق العبد يعني لا باعتبار أن المالك يعصمه لأن عصمة المالك إنما تعتبر فيما له ولاية الاستهلاك حتى يمكن غيره من الاستهلاك بالتسليط، وليس للمولى ولاية استهلاك عبده فلا يجوز له تمكين غيره من الاستهلاك، فلما لم يوجد التسليط منه يضمن المستهلك سواء كان صغيراً أو كبيراً، بخلاف سائر الأموال فإن للمالك أن يستهلكها فيجوز تمكين غيره من استهلاكهما بالتسليط. ونوقض بما إذا أودع الصبي شاة فخنقها فإنه لا

إلا إذا أقام غيره مقام نفسه في الحفظ، ولا إقامة ها هنا لأنه لا ولاية له على الاستقلال على الصبيّ ولا للصبيّ على نفسه، بخلاف البالغ والمأذون له لأن لهما ولاية على أنفسهما وبخلاف ما إذا كانت الوديعة عبداً لأن عصمته لحقه إذ هو مبقى على أصل الحرية في حق الدم، وبخلاف ما إذا أتلفه غير الصبيّ في الصبيّ لأنه سقطت العصمة بالإضافة إلى الصبي الذي وضع في يده المال دون غيره. قال: **(وإن استهلك مالاً ضمن)** يريد به من غير إيداع لأن الصبيّ يؤاخذ بأفعاله، وصحة القصد لا معتبر بها في حقوق العباد، والله أعلم بالصواب.

عوضاً عن الجناية الثانية هو الذي يرجع به المولى على الغاصب ثانياً فبنى نظره المزبور عليه، ولا شك أن مراد المصنف بذلك هو الذي يرجع به المولى على الغاصب أوّل مرة، وهو النصف الذي كان حقاً لوليّ الجناية الثانية ورجع به المولى على الغاصب أول مرة في ضمن رجوعه عليه بالكل فلا اتجاه أصلاً لما قال، وماذا بعد الحق إلا الضلال.

يضمن ورب الشاة ما كان يملك ذلك بحكم ملكه فلم يوجد التسليط. والجواب أن كلامنا فيما لا يملك إتلافه من حيث كونه أجنبياً والشاة ليست كذلك، وإنما، لم يملك خنقها من حيث أنه تضييع فكان كالتسبيب. وقوله: **(لأنه سقطت العصمة بالإضافة إلى الصبي الذي وقع في يده المال دون غيره)** يعني أن المالك بالإيداع عند الصبي إنما اسقط عصمة ماله عن الصبي لا عن غيره وماله معصوم في حق غيره كما كان، والله تعالى أعلم.

قوله: **(ولو كان التسليط)** أقول: أي ثبت قوله: **(فيه نظر، لأن إقامة غيره مقام نفسه الخ)** أقول: في تمشية النظر تأمل.

باب القسامة

قال: **(وإذا وجد القتيل في محلة ولا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلاً منهم، يتخيرهم الولي بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلاً)** وقال الشافعي: إذا كان هناك لوث استحلف الأولياء خمسين يميناً ويقضي لهم بالدية على

باب القسامة

لما كان أمر القتيل يؤول إلى القسامة فيما إذا لم يعلم قاتله ذكرها في باب على حدة آخر الديات. ثم إن القسامة في اللغة: اسم وضع موضع الإقسام، كذا في عامة الشروح أخذاً من المغرب. وقال في معراج الدراية: القسامة لغة مصدر أقسم قسامة أو اسم وضع موضع الإقسام انتهى. أقول: لا يرى وجه صحة لكون القسامة مصدر أقسم كما لا يخفى على من له دربة بعلم الأدب، وأما في الشريعة فهي أيمان يقسم بها أهل محلة أو دار وجد فيها قتيل به أثر جراحة يقول كل منهم بالله ما قتلته وما علمت له قاتلاً كذا في العناية. أقول: فيه قصور، فإنه يخرج منه ما إذا وجد القتيل لا في محلة ولا في دار بل في موضع خارج من مصر أو قرية قريب منه بحيث يسمع الصوت منه مع أنه يجب في هذه الصورة أيضاً قسامة شرعية كما صرحوا به ويجيء في الكتاب، ولا يقال: إنه بنى الكلام على ما هو الأكثر وقوعاً، لأن المقام مقام تعريف لمعنى القسامة في الشريعة فلا بد من أن يكون جامعاً ومانعاً كما لا يخفى. فالأولى أن يزاد عليه قيود ويقال: هي في الشريعة أيمان يقسم بها أهل محلة أو دار أو موضع خارج من مصر أو قرية قريب منه بحيث يسمع الصوت منه إذا وجد في شيء منها قتيل به أثر لا يعلم من قتله يقول كل واحد منهم بالله ما قتلت ولا علمت له قاتلاً. وقال في النهاية: وأما تفسيرها شرعاً فما روى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه قال: في القتيل يوجد في المحلة أو دار رجل في المصر إن كان به جراحة أو أثر ضرب أو أثر خنق ولا يعلم من قتله يقسم خمسون رجلاً من أهل المحلة كل منهم بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلاً انتهى. أقول: فيه سماجة لا تخفى، فإن ما روى أبو يوسف عن أبي حنيفة على ما ذكر في النهاية إنما هو مسألة القسامة لا تفسير القسامة شرعاً، فإن التفسير من قبيل التصورات، وما ذكر فيها تصديق من قبيل الشرطيات كما ترى، نعم يمكن أن يؤخذ منه تفسير القسامة شرعاً بتدقيق النظر، لكنه في موضع بيان معنى القسامة شرعاً في أول الباب تعسف خارج عن سنن الصواب. ثم قال في النهاية: وأما شرطها فهو أن يكون المقسم رجلاً بالغاً عاقلاً حراً، فلذلك لم يدخل في القسامة المرأة والصبي والمجنون والعبد، وأن يكون في الميت الموجود أثر القتل، وأما لو وجد ميتاً لا أثر به فلا قسامة ولا

باب القسامة

لما كان أمر القتيل في بعض الأحوال يؤول إلى القسامة ذكرها في آخر الديات في باب على حدة. وهي في اللغة: اسم وضع موضع الأقسام. وفي الشرع أيمان يقسم بها أهل محلة أو دار وجد فيها قتيل به أثر، يقول كل واحد منهم بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلاً. وسببها وجود القتيل فيما ذكرنا، وركنها إجراء اليمين المذكورة على لسانه وشرطها بلوغ المقسم وعقله وحريته ووجود أثر القتل في الميت وتكميل اليمين خمسين. وحكمها القضاء بوجوب الدية: إن حلفوا والحبس إلى الحلف إن أبوا إن ادعى الولي العمد، وبالدية عند النكول إن ادعى الخطأ. ومحاسنها تعظيم خطر الدماء وصيانتها عن الإهدار وخلاص المتهم بالقتل عن القصاص ودليل شرعيتها الأحاديث المذكورة على ما سيأتي. وقوله: **(يتخيرهم الولي)** أي يختار من القوم من يحلفهم. وقوله: **(بالله ما قتلناه)** على طريق الحكاية عن الجميع، وأما عند الحلف فيحلف كل واحد منهم بالله ما قتلت

باب القسامة

قوله: **(وشرطها بلوغ المقسم وعقله وحريته)** أقول: وذكورته، ويجوز أن يقال: أشار إليه بلفظ المقسم وفيه شيء. والأصوب أن يقال: المرأة من أهل القسامة في الجملة؛ ألا يرى إذا وجد قيل في قرية لامرأة، فعند أبي حنيفة ومحمد القسامة عليها كما يجيء في آخر الباب قوله: **(وإن لم يكن الظاهر شاهداً الخ)** أقول: الظاهر أن يقول: وإن لم يكن ثمة لوث فإن النكرة إذا أعيدت معرفة تكون عين الأول، لكن المراد من الظاهر هو اللوث كما لا يخفى.

المدعى عليه عمداً كانت الدعوى أو خطأ. وقال مالك: يقضي بالقود إذا كانت الدعوى في القتل العمد وهو أحد قولي الشافعي، والموت عندهما أن يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه أو ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة أو شهادة عدل أو جماعة غير عدول أن أهل المحلة قتلوه، وإن لم يكن الظاهر شاهداً له فمذهبه مثل مذهبنا، غير أنه لا يكرر اليمين بل يردها على الوليّ، فإن حلفوا لا دية عليهم للشافعي في البداء بيمين الولي قوله

دية. ومن شروطها أيضاً تكميل اليمين بالخمسين انتهى. وفي غاية البيان أيضاً كذلك. أقول: فيه كلام. أما أوّلاً فلأن شروطها غير منحصرة بما ذكر، فإن منها أيضاً أن لا يعلم قاتله، فإن علم فلا قسامة فيه ولكن يجب القصاص أو الدية كما تقدم. ومنها أن يكون القتيل من بني آدم فلا قسامة في بهيمة وجدت في محلة قوم ولا غرم فيها. ومنها الدعوى من أولياء القتيل لأن القسمة يمين واليمين لا تجب بدون الدعوى كما في سائر الدعاوى. ومنها إنكار المدعى عليه لأن اليمين وظيفة المنكر. ومنها المطالبة بالقسامة، لأن اليمين حق المدعي وحق الإنسان يوفى عند طلبه كما في سائر الأيمان. ومنها أن يشكون الموضع الذي وجد فيه القتيل ملكاً لأحد أو في يد أحد فإن لم يكن ملكاً لأحد ولا في يد أحد أصلاً فلا قسامة فيه ولا دية. ومنها أن لا يكون القتيل ملكاً لصاحب الملك الذي وجد فيه، فلا قسامة ولا دية في قنّ أو مدبر أو ولد أو مكاتب أو مأذون وجد قتيلاً في دار مولاه. نص في البدائع على هاتيك الشروط كلها بالوجه الذي ذكرناه مع زيادة تفصيل، فما وجه ذكر بعض الشروط وترك أكثرها. وأما ثانياً فلأنه إذا وجد قتيل في دار مكاتب فعليه القسامة، وإذا حلف يجب عليه الأقل من قيمته ومن الدية، نص عليه في البدائع، وقال: ذكره القاضي في شرحه لمختصر الطحاوي، فما معنى جعل كون المقسم حراً من شروطها، اللهم إلا أن يقال: المكاتب حرّ يداً وإن لم يكن حراً رقبة كما صرحوا به ومرّ في الباب السابق فوجد فيه الحرية في الجملة فجاز اشتراط الحرية في القسامة مطلقاً بناء على ذلك، لكن لا يخفى ما فيه. وقال في العناية: وشرطها بلوغ المقسم وعقله وحريته ووجود أثر القتل في الميت وتكميل اليمين خمسين انتهى. أقول: فيه شيء من الإخلال زائد على ما في النهاية وغاية البيان وهو أنه لم يتعرض فيه لاشتراط الذكورة في المقسم مع كونها شرطاً أيضاً. ثم أقول: في إمكان توجيه ذلك احتمالان: أحدهما أنه اكتفى في إفادة ذلك الشرط أيضاً بتذكير لفظ المقسم في قوله بلوغ المقسم، وبتذكير الضمير في قوله وعقله وحريته، وإن كان تغليب المذكر على المؤنث شائعاً في أحكام الشرع. وثانيهما أنه ترك ذكر اشتراط الذكورة بناء على وجوب القسامة على المرأة في مسألة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وهي ما سيجيء في آخر هذا الباب من أنه لو وجد قتيل في قرية لامرأة؛ فعند أبي حنيفة ومحمد عليها القسامة تكرر عليها الأيمان والدية على عاقلتها. وقال أبو يوسف: القسامة على العاقلة أيضاً فكانت المرأة أهلاً للقسامة في

ولا يحلف بالله ما قتلنا لجواز أنه باشر القتل بنفسه فيجترىء على اليمين بالله ما قتلنا. وقوله: **(وإن لم يكن الظاهر شاهداً له فمذهبه)** أي مذهب الشافعي رحمه الله **(كمذهبنا غير أنه لا يكرّر اليمين)** وقوله: **(ولأن اليمين تجب على من يشهد له الظاهر)** يعني كما في سائر الدعاوي، فإن الظاهر يشهد للمدعى عليه لأن الأصل براءة ذمته، فأما في القسامة فالظاهر يشهد للمدعي عند قيام اللوث فتكون اليمين حجة له، وبقية كلامه واضح. وقوله: **(لأنه يمين وليس بشهادة)** يحترز عن اللعان حيث لا يجري اللعان بينهما لما أن اللعان شهادة والأعمى والمحدود في القذف ليسا من أهل أدائها. وقوله: **(وإذا حلفوا قضي على أهل المحلة)** أي على عاقلة أهل المحلة **(بالدية)** في ثلاث سنين. وقوله: **(تبرئكم اليهود بأيمانها)** قصته أن عبد الله بن سهل وعبد الرحمن بن سهل وحويصة ومحيصة خرجوا في التجارة إلى خيبر وتفرقوا لحوائجهم، فوجدوا عبد الله بن سهل قتيلاً في قليب من خيبر يتشحط في دمه، فجاءوا إلى رسول الله ﷺ ليخبروه، فأراد عبد الرحمن وهو أخو القتيل أن يتكلم، فقال ﷺ: الكبر الكبر، فتكلم أحد عميه حويصة أو محيصة وهو الأكبر منهما وأخبره بذلك، قال: ومن قتله؟ قالوا: ومن يقتله سوى اليهود؟ قال عليه الصلاة والسلام: تبرئكم اليهود بأيمانها، فقالوا: لا نرضى بأيمان قوم كفار لا يبالون ما حلفوا عليه، فقال عليه

عليه الصلاة والسلام للأولياء «فيقسم منكم خمسون أنهم قتلوه»[١] ولأن اليمين تجب على من يشهد له الظاهر ولهذا تجب على صاحب اليد، فإذا كان الظاهر شاهداً للولي يبدأ بيمينه وردّ اليمين على المدعي أصل له كما في النكول، غير أن هذه دلالة فيها نوع شبهة والقصاص لا يجامعها والمال يجب معها فلهذا وجبت الدية. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» وفي رواية «على المدعى عليه»[٢] وروى سعيد بن المسيب «أن

الجملة عندهما قوله: **(وإن لم يكن الظاهر شاهداً له فمذهبه مثل مذهبنا)** أقول: في تحرير المصنف هنا قصور بل اختلال: أما أولاً فلأن مذهب الخصم مثل مذهبنا إذا لم يكن هناك لوث: أي قرينة حال توقع في القلب صدق المدعي سواء كان ذلك اللوث من قبل علامة القتل على واحد بعينه كالدم، أو من قبل ظاهر يشهد للمدعي كعداوة ظاهرة ونحوها فلا وجه لتخصيصه بالثاني كما هو الظاهر من قوله وإن لم يكن الظاهر شاهداً له بعد عطف قوله أو ظاهر يشهد للمدعي فيما قبل على قوله علامة القتل على واحد بعينه، فحق العبارة أن يقال: وإن لم يكن هناك لوث. وأما ثانياً فلأن إيراد الضمير المفرد في قوله فمذهبه بعد أن ذكر فيما قبل مذهب كل واحد من الشافعي ومالك وإن قال اللوث عندهما الخ من قبيل الإغلاق حيث لا يفهم أن مرجعه أيّ منهما، وعن هذا حمله بعض الشراح على الشافعي وبعضهم على مالك فحق المقام الإظهار دون الإضمار كما لا يخفى قوله: **(ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «البينة على المدعى، واليمين على من أنكر» وفي رواية «على المدعى عليه»[٣])** أقول: لقائل أن يقول: إن قوله عليه الصلاة والسلام «واليمين على المدعى عليه»[٤] إن أفاد قصر اليمين على المدعى عليه بناء على ما صرحوا به في علم الأدب من أن المعرف بلام الجنس إذا جعل مبتدأ فهو مقصور على الخبر نحو «الكرم التقوى والتوكل على الله» و«الأئمة من قريش» وقد أشار إليه المصنف في باب اليمين من كتاب الدعوى حيث استدل فيه على أن لا

الصلاة والسلام: أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم؟ فقالوا: كيف نحلف عن أمر لم نعاين ولم نشاهد فكره رسول الله ﷺ أن يبطل دمه، فوداه بمائة من إبل الصدقة واستدل الشافعي رحمه الله بقوله عليه الصلاة والسلام «تبرئكم اليهود بأيمانها» على أنه لا دية بعد وإلا لما كان ثمة براءة. ووداعة قبيلة من همدان. وقوله: **(يدل عليه إطلاق الجواب في الكتاب)** أي في كتاب القدوري، أشار به إلى ما ذكره بقوله: وإذا وجد القتيل في محلة لا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلاً منهم الخ **(وهكذا الجواب في المبسوط)** يعني أوجب القسامة والدية فيما إذا كان الدعوى على البعض بعينه. وقوله: **(على اختلاف مضى في كتاب الدعوى)** بين أبي حنيفة وصاحبيه حيث قال: ومن ادّعى قصاصاً على غيره فجحد استحلف بالإجماع الخ. قال: **(وإن لم يكمل أهل المحلة خمسين)** وافى إليه: أي أتى إليه، وأهل اللغة يقولون وافاه. ولم يذكر الأنف وحكمه حكم دبره وذكره وذكر الفم مطلقاً، وقد قيل: إذا صعد من جوفه إلى فيه، وأما إذا نزل من رأسه إلى فيه فليس يصلح دليلاً على القتل، ذكره فخر الإسلام في شرح الزيادات وكلامه ظاهر. وقوله: **(ولأنا لو اعتبرناه يجتمع فيه القسامتان والديتان)** وفي بعض النسخ يتكرر ذلك، لأنه إذا وجب بالأقل وجب بالأكثر إذا وجد، وكذلك لو وجب بالنصف لوجب بالنصف الآخر فتتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة، وذلك لا يجوز. فإن قيل: ينبغي أن تجب القسامة إذا وجد الرأس لأنه يعبر به عن جميع البدن، أجيب بأن ذلك بطريق المجاز والمعتبر هو الحقيقة، ولأن لو وجبت به لوجبت بالبدن بطريق الأولى فلزم التكرار. وقيل كان ينبغي أن يقول تتكرر القسامة والدية بلفظ المفرد دون التثنية لأن غرضه ثبوت القسامة مكرراً وثبوت الدية مكرراً.

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٦١٤٢، ٦١٤٣ ومسلم ١٦٦٩ وأبو داود ٤٥٢٠ والترمذي ١٤٢٢ والنسائي ٨/ ٧، ٨ وابن ماجه ٢٦٧٧ والدارمي ٢/ ١٧٨، ١٧٩ والطحاوي ٣/ ١٩٧ والدارقطني ٣/ ١٠٨، ١٠٩ وابن الجارود ٧٩٨ وابن حبان ٦٠٠٩ والبيهقي ٨/ ١٢٠ والشافعي ٢/ ١١٣ ١١٤ وأحمد ٤/ ١٤٢، ٣ كلهم من حديث سهل بن أبي حثمة، وله قصة طويلة

ولفظ البخاري: «أتستحقون قتيلكم.. أو قال صاحبكم بأيمان خمسين منكم...».

(٢) تقدم تخريجه مستوفياً في الدعوى

(٣) تقدم تخريجه في الدعوى

(٤) هو المتقدم

النبي عليه الصلاة والسلام بدأ باليهود بالقسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتيل بين أظهرهم»[١] ولأن اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق وحاجة الوليّ إلى الاستحقاق ولهذا لا يستحق بيمينه المال المبتذل فأولى أن لا يستحق به النفس المحترمة. وقوله يتخيرهم الوليّ إشارة إلى أن خيار تعيين الخمسين إلى الوليّ لأن اليمين حقه، والظاهر أنه يختار من يتهمه بالقتل أو يختار صالحي أهل المحلة لما أن تحرزهم عن اليمين الكاذبة أبلغ التحرّز فيظهر القاتل، وفائدة اليمين النكول، فإن كانوا لا يباشرون ويعلمون يفيد يمين الصالح على العلم بأبلغ مما يفيد يمين الطالح، ولو اختاروا أعمى أو محدوداً في قذف جاز لأنه يمين وليس بشهادة. قال: **(وإذا حلفوا قضي على أهل المحلة بالدية ولا يستحلف الولي)** وقال الشافعي لا تجب الدية لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث عبد الله بن سهل رضي الله عنه «تبرئكم اليهود بأيمانها»[٢] ولأن اليمين عهد في الشرع مبرئاً للمدعى عليه لا ملزماً كما في سائر الدعاوى. ولنا أن

يردّ اليمين على المدعي عندنا لقوله عليه الصلاة والسلام «البينة على المدعي، واليمين على من أنكر»[٣] وقال: في وجهه جعل جنس الأيمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء انتهى. لزم أن لا يصح تحليف غير المدعى عليه من أهل المحلة فيما إذا ادعى الولي القتل على بعض منهم بعينه مع أنه يستحلف خمسون رجلاً من أهل المحلة في هذه الصورة أيضاً كما صرح به المصنف فيما سيجيء، وجعل إطلاق جواب الكتاب دليلاً عليه وقال: وهكذا الجواب في المبسوط وإن لم يفد قوله عليه الصلاة والسلام «والمين على المدعى عليه»[٤] قصر اليمين على المدعى عليه لا يثبت المدعي ها هنا بالحديث المذكور فلا يصح التعليل به، اللهم إلا أن يقال: يجوز أن يثبت به المدعي هنا بوجه آخر وهو أنه عليه الصلاة والسلام ذكر قوله المزبور بطريق القسمة بين الخصمين والقسمة تنافي الشركة، وقد أشار المصنف إليه أيضاً في باب اليمين من كتاب الدعوى حيث قال: ولا تردّ اليسين على المدعي لقوله عليه الصلاة والسلام «البينة على المدعي، واليمين على من أنكر»[٥] قسم والقسمة تنافي الشركة، وجعل جنس الأيمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء انتهى. ولا يخفى أن منافاة القسمة الشركة إنما تقتضي أن لا يحلف المدعي لا أن لا يحلف غير المدعي والمدعى عليه كما فيما نحن فيه في صورة إن ادعى الوليّ القتل على بعض معين من أهل المحلة. نعم يلزم أن ينتقض بهذه الصورة قول المصنف في باب اليمين وجعل جنس الأيمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء تأمل تقف قوله: **(وفائدة اليمين النكول، فإذا كانوا لا يباشرون ويعلمون يفيد يمين الصالح**

وعبارة التثنية تستلزم أن يكون أكثر من القسامتين والديتين، ويجوز أن يكون مراده القسامتان والديتان على القطعتين يتكرران في خمسين نفساً. وقوله: **(والمعنى ما أشرنا إليه)** يريد به التكرار المذكور وعدمه. وقوله: **(لأن الظاهر أن تام الخلق ينفصل حياً)** اعترض عليه بأن الظاهر يصلح للدفع دون الاستحقاق ولهذا قلنا في عين الصبيّ وذكره ولسانه: إذا لم تعلم صحته حكومة عدل عندنا وإن كان الظاهر سلامتها. وأجيب عنه بأنه إنما لم تجب في الأطراف قبل أن تعلم صحتها ما يجب في السليم لأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال وليس لها تعظيم كتعظيم النفوس فلم يجب فيها قبل العلم بالصحة قصاص أو

---

(١) مرسل شاذ. أخرج عبد الرزاق في مصنفه كما في نصب الراية ٤/ ٣٩١ عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال: «كانت القسامة في الجاهلية، فأقرها النبي ﷺ في قتيل من الأنصار وجد في جب اليهود قال: فبدأ رسول الله ﷺ باليهود، فكلفهم قسامة خمسين، فقالت اليهود: لن نحلف. فقال رسول الله ﷺ للأنصار: أفتحلفون؟ فأبت الأنصار أن تحلف، فأغرم رسول الله ﷺ اليهود ديته لأنه قتل بين أظهرهم».

وذكره الواقدي في المغازي ٢/ ٧١٣، ٧١٤ وفيه: أنه ﷺ جعل الدية على اليهود. وفيه نظر فهو مع إرساله غريب لمعارضته الحديث الصحيح عن سهل بن أبي حثمة

(٢) هو الحديث المتقدم في أول الباب.

(٣) تقدم مستوفياً في كتاب الدعوى.

(٤) قد تقدم في كتاب الدعوى.

(٥) تقدم في الدعوى.

النبيّ عليه الصلاة والسلام جمع بين الدية والقسامة في حديث ابن سهل وفي حديث زياد بن أبي مريم[١]، وكذا جمع عمر رضي الله عنه بينهما على وادعة. وقوله عليه الصلاة والسلام «تبرئكم اليهود»[٢] محمول على الإبراء عن القصاص والحبس، وكذا اليمين مبرئة عما وجب له اليمين والقسامة ما شرعت لتجب الدية إذا نكلوا، بل شرعت

على العلم بأبلغ مما يفيد يمين الصالح) أقول: لا فائدة هنا لذكر المقدمة القائلة وفائدة اليمين النكول، بل فيه خلل لأن موجب النكول في هذه المسألة حبس الناكل حتى يحلف لا القضاء بما ادعاه الولي كما سيأتي في الكتاب، فإنما يظهر فائدة اليمين على الصالح في إظهاره القاتل تحرزاً عن اليمين الكاذبة لا في مجرد نكوله حتى يلزم المصير إلى ذكر المقدمة المزبورة، ثم إن كون فائدة اليمين النكول إنما هو في الأموال لا في باب القسامة لأن اليمين فيه مستحقة لذاتها تعظيماً لأمر الدم ولهذا يجمع بينهما وبين الدية، بخلاف النكول في الأموال كما سيأتي بيانه في الكتاب، فلا معنى لذكر تلك المقدمة ها هنا، ولقد أصلح صاحب الكافي تقرير هذا المحل حيث قال: وله أن مختار المشايخ والصلحاء منهم لأنهم يتحرزون عن اليمين الكاذبة أكثر مما يتحرز الفسقة، فإذا علموا القاتل فيهم أظهروره ولم يحلفوا انتهى. بقي في هذا المقام إشكال على كل حال، وهو أنه لو أخبر بعض من أهل المحلة بأنه يعلم أن القاتل أحد من أهل المحلة بعينه أو أحد من غير أهلها لا يقبل قوله ولا يعمل به لكونهم متهمين بدفع الخصومة عن أنفسهم كما صرحوا به، وسيجيء في الكتاب تفصيله فما الفائدة في استحلافهم على العلم رأساً، ولم أر أحداً من الثقات حام حول حلّ هذا الإشكال سوى صاحب البدائع فإنه قال: فإن قيل: أيه فائدة في الاستحلاف على العلم وهو لو علموا القاتل فأخبروا به لكان لا يقبل قولهم لأنهم يسقطون به الضمان عن أنفسهم فكانوا متهمين دافعين الغرم عن أنفسهم. وقد قال رسول الله ﷺ: «لا شهادة للمتهم»[٣] وقال رسول الله ﷺ «لا شهادة لجارّ المغنم ولا لدافع المغرم»[٤] قيل إنما استحلفوا على العلم ابتاعاً للسنة، لأن السنة هكذا وردت لما رويناه من الأخبار فاتبعت السنة من غير أن يعقل فيه المعنى. ثم فيه فائدة من وجهين: أحدهما أن من الجائز أن يكون القاتل

دية، بخلاف الجنين فإنه نفس من وجه عضو من وجه، فإذا انفصل تام الخلق وبه أثر الضرب وجب في القسامة والدية تعظيماً للنفوس، لأن الظاهر أنه قتيل لوجود دلالة القتل وهو الأثر إذ الظاهر من حال تام الخلق أن ينفصل حياً، وأما إذا انفصل ميتاً ولا أثر به فلا يجب فيه شيء لأن حاله لا يفوق حال الكبير، فإذا وجد الكبير ميتاً ولا أثر به لا يجب فيه شيء فكذا هذا، وهذا كما ترى مع تطويله لم يردّ السؤال، وربما قواه لأن الظاهر إذا لم يكن حجة للاستحقاق في الأموال وما يسلك به مسلكها فلأن لا يكون فيما هو أعظم خطراً أولى. والصواب أن يقال: الظاهر ها هنا أيضاً اعتبر دافعاً لما عسى يدعي القاتل عدم حياته. وأما دليل الاستحقاق فهو حديث حمل بن مالك وهو قوله عليه الصلاة والسلام «أسجع كسجع الكهان. قوموا فدوه» قال: **(وإذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل الخ)** إذا وجد القُتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلة السائق دون

قال المصنف: **(ولنا أنه جمع بين الدية والقسامة في حديث ابن سهل)** أقول: فيه بحث، فإنه لم يجر بينهم القسامة بالكلية، وإنما وداه رسول الله ﷺ من عنده، وفي رواية: من إبل الصدقة على ما ذكر في الصحيحين وغيرهما ونقله الشراح هنا.

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية ٣٩٣/٤: حديث ابن سهل ليس فيه الجمع بين الدية والقسامة وحديث ابن زياد غريب.
لكن أخرج الدارقطني ٢٢٠/٤ من حديث ابن عباس قال: «وجد رجل من الأنصار قتيلاً في دالية ناس من اليهود، فذكر ذلك للنبي ﷺ، فبعث إليهم، فأخذ منهم خمسين رجلاً من خيارهم، فاستحلف كل واحد منهم بالله ما قتلت ولا علمت قاتلاً، ثم جعل عليهم الدية، فقالوا: لقد قضى بما في ناموس موسى»
قال الدارقطني: الكلبي متروك اهـ وقد خالفت روايته هذه رواية الثقات.

(٢) هو الحديث المتقدم في أول الباب

(٣) تقدم في الشهادات.

(٤) غريب. بحثت عنه بمساعدة شيخنا الفاضل عبد القادر الأرناؤوط، ولم نعثر عليه، فلينظر.

ليظهر القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقرّوا بالقتل، فإذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص. ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهراً لوجود القتيل بين أظهرهم لا بنكولهم، أو وجبت بتقصيرهم في المحافظة كما في القتل الخطإ **(ومن أبى منهم اليمين حبس حتى يحلف)** لأن اليمين فيه مستحقة لذاتها تعظيماً لأمر الدم ولهذا يجمع بينه وبين الدية، بخلاف النكول في الأموال لأن اليمين بدل عن أصل حقه ولهذا يسقط ببذل المدعي وفيما نحن فيه لا

عبداً لواحد منهم فيقرّ عليه بالقتل فيقبل إقراره، لأن إقرار المولى على عبده بالقتل الخطإ صحيح فيقال له ادفعه أو افده ويسقط الحكم عن غيره فكان التحليف على العلم مفيداً، وجائز أن يقرّ على عبد غيره فصدقه مولاه فيؤمر بالدفع أو الفداء ويسقط الحكم عن غيره فكان مفيداً فجاز أن يكون التحليف على العلم لهذا المعنى في الأصل، ثم بقي هذا الحكم وإن لم يكن لواحد من الحالفين عبد كالرمل في الطواف «فإن النبيّ ﷺ كان رمل في الطواف إظهاراً للجلادة والقوّة للكفرة ويقول: رحم الله امرأً أظهر اليوم الجلادة من نفسه»[1] ثم زال ذلك اليوم وبقي الرمل في الطواف كذا هذا. والثاني أنه لا يمتنع أن يكون واحد منهم أمر صبياً أو مجنوناً أو عبداً محجوراً بالقتل، فلو أقرّ به يلزمه في ماله فيحلف بالله ما علمت له قاتلاً، لأنه لو قال علمت له قاتلاً وهو الصبيّ الذي أمره بقتله لكان حاصل الضمان عليه ويسقط الحكم عن غيره فكان مفيداً، إلى هنا لفظ البدائع فليكن هذا على ذكر منك قوله: **(ولنا أنه عليه الصلاة والسلام جمع بين الدية والقسامة في حديث ابن سهل)**[2] قال بعض الفضلاء: فيه بحث، فإنه لم يجر القسامة بينهم بالكلية، وإنما وداه رسول الله ﷺ من عنده، وفي رواية «من إبل الصدقة» على ما ذكر في الصحيحن وغيرهما ونقله الشراح هنا انتهى. أقول: أشار رسول الله ﷺ إلى وجوب القسامة على اليهود بقوله «تبرئكم اليهود بأيمانها»[3] وإنما لم يجر القسامة بينهم لعدم طلب أولياء القتيل إياها حيث قالوا: لا نرضى بأيمان قوم كفار لا يبالون ما حلفوا عليه، ومطالبة وليّ القتيل بالقسامة شرط لإجرائها على الخصوم كما عرفته فيما مر أثناء أن ذكرنا شروط القسامة على التفصيل نقلاً عن البدائع، وإنما وداه رسول الله ﷺ من عنده أو بمائة من إبل الصدقة على سبيل الحمالة عنهم بناء على أن أهل الذمة من أهل البر إليهم، وقد أفصح عنه صاحب النهاية ومعراج الدراية هنا حيث قالا بعد نقل الحديث: إنما ودى رسول الله عليه الصلاة والسلام لأنه تجوز الحمالة عن أهل الذمة، فإن قضاء دين الغير برّ له، وأهل الذمة من أهل البرّ إليهم حتى جاز عندنا صرف الكفارات إليهم، ولا يجوز من مال الزكاة إلا على سبيل الاستقراض على بيت المال انتهى. ثم إن هذا القدر من التوجيه إنما يحتاج إليه على ما روي من حديث عبد الله بن سهل بن أبي حثمة[4] كما وقع في الصحيحين، وأما ما رواه سعيد بن المسيب كما وقع في شرح الآثار

أهل المحلة سواء كان مالكها أو لم يكن، وكذا إذا كان قائدها أو راكبها لأنه في يده فصار كما إذا كان في داره، فإن اجتمع الراكب والسائق والقائد فالدية عليهم لأن القتيل في أيديهم فصار كما إذا وجد في دارهم وطولب بالفرق بين هذه المسألة وبين ما إذا وجد القتيل في الدار فإن الدية هنا على عاقلتهم والقسامة عليهم سواء كانوا ملاكاً أو لم يكونوا وهناك على المالك لا على السكان. وأجيب أوّلاً بأنا لا نسلم أن الدية لا تجب على مالك الدابة بل تجب عليه، والمذكور في الكتاب فيما إذا لم

---

(١) ضعيف بهذا اللفظ. ذكره ابن هشام في السيرة ٣/٢٧٣ في عمرة القضاء عن ابن إسحق قال: حدثني من لا أتهم عن ابن عباس... فذكره.
قلت: وأصله صحيح أخرجه البخاري ٤٢٥٧ والترمذي ٨٦٣ والبيهقي ٥/٨٢ كلهم عن ابن عباس قال: «إنما سعى رسول الله ﷺ بين الصفا والمروة ليُريَ المشركين قوته»
ورواه البخاري ٤٢٥٦ بسنده عن ابن عباس قال: «قدم رسول الله ﷺ وأصحابه، فقال المشركون: إنه يقدم عليكم وفد وهنتهم حُمّى يثرب، فأمرهم أن يرملوا الأشواط الثلاثة، وأن يمشوا ما بين الركنين... وفيه قال: ارملوا ليرىٰ المشركون قوتكم».
(٢) هو الحديث المتقدم قبل أربعة أحاديث.
(٣) هو الحديث المتقدم في أول الباب
(٤) الحديث المتقدم في أول الباب.

يسقط ببذل الدية، هذا الذي ذكرنا إذا ادّعى الوليّ القتل على جميع أهل المحلة، وكذا إذا ادعى على البعض لا بأعيانهم والدعوى في العمد أو الخطإ لأنهم لا يتميزون عن الباقي، ولو ادعى على البعض بأعيانهم أنه قتل وليه

للطحاوي قصراً على الزهري وأخرجه كثير من المحدثين عن الزهري عن سعيد بن المسيب منهم عبد الرزاق رواه في مصنفه، ومنهم ابن أبي شيبة رواه أيضاً في مصنفه، ومنهم الواقدي رواه في مغازيه في غزوة خيبر فإيجاب النبي ﷺ القسامة والدية على اليهود صريح بين وقد ذكره المصنف إجمالاً من قبل حيث قال: وروى ابن المسيب «أن النبي عليه الصلاة والسلام بدأ باليهود في القسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتيل بين أظهرهم»[1] وفصله الشراح حيث قالوا: روى الزهري عن سعيد بن المسيب أن القسامة كانت من أحكام الجاهلية فقررها رسول الله ﷺ في قتيل من الأنصار وجد في جبّ اليهود بخيبر، وذكر الحديث إلى أن قال فألزم رسول الله ﷺ الدية والقسامة انتهى. وكذا أمر إيجاب القسامة والدية معاً على اليهود ظاهر على ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما «أن النبي ﷺ كتب إلى أهل خيبر: إن هذا قتيل وجد بين أظهركم فما الذي يخرجه عنكم؟ فكتبوا له إن مثل هذه الحادثة وقعت في بني إسرائيل، فأنزل الله تعالى على موسى عليه الصلاة والسلام أمراً، فإن كنت نبياً فاسأل الله تعالى مثل ذلك، فكتب إليهم: إن الله تعالى أراني أن أختار منكم خمسين رجلاً يحلفون بالله ما قتلنا ولا علمنا له قاتلاً ثم تغرمون الدية، قالوا: لقد قضيت فينا بالناموس: أي بالوحي»[2] كذا ذكر الحديث في الكافي والبدائع وغيرهما، فظهر أن منشأ البحث المزبور عدم الإحاطة بجوانب المقام خبراً قوله: **(وكذا اليمين تبرىء عما وجب له القصاص والقاسمة ما شرعت لتجب الدية إذا نكلوا بل شرعت ليظهر القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقرّوا بالقتل، فإذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص)** أقول: الظاهر أن المراد بهذا الجواب هو عن قول الشافعي، ولأن اليمين عهد في الشرع مبشراً للمدعى عليه، لكن يرد عليه أنه إنما يتم فيما إذا ادعى وليّ القتيل القتل العمد، فإن الموجب حينئذٍ هو القصاص على تقدير أن يقروا بذلك، فإن حلفوا حصلت البراءة عنه، وأما فيما إذا ادعى القتل خطأ فلا يتم ذلك، لأن الموجب حينئذٍ هو الدية على تقدير أن يقروا به، فإذا حلفوا لا تحصل البراءة عنها بل تجب الدية عليهم أيضاً عندنا، ويمكن أن يقال: وليّ القتيل وإن ادعى القتل الخطأ يحلف أهل المحلة بأنا ما قتلناه ولا علمنا له قاتلاً بإطلاق القتل عن قيد العمد والخطإ فيجوز إن وقع القتل منهم عمداً ولم يعلمه الوليّ بل ظن أنهم قتلوا قريبه خطأ، فلو أقروا في مثل ذلك بالقتل العمد تحرزاً عن الأيمان الكاذبة بناء على إطلاق القتل في تحليفهم لظهر القصاص، فإذا حلفوا حصلت البراءة عنه قطعاً، فإن قلت: إذا كانت دعوى الوليّ مخصوصة بالقتل الخطأ كيف يصح إطلاق القتل عند التحليف وهل له نظير في الشرع؟ قلت: لا غرو في ذلك، وله نظير في الشرع، ألا يرى أنه لو ادعى الولي على واحد من أهل المحلة بعينه قتل قريبه عمداً أو خطأ استحلف خمسون منهم بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلاً كما استحلف كذلك لو ادعاه على جميعهم على ما سيجيء في الكتاب فتأمل، فإن حل هذا المحل بهذا الوجه مما يضطر إليه في تصحيح كلام المصنف هنا وإن كان يرى تعسفاً في بادىء الرأي قوله: **(ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهراً لوجود القتيل بين أظهرهم لا بنكولهم)** أقول: لا وجه لذكر قوله لا بنكولهم هنا، بل الحق أن

يكن للدابة مالك معروف وإنما يعرف ذلك بقول القائد أو السائق أو الراكب، وأما إذا كان لها مالك معروف فإنها تجب عليه، وثانياً وهو المفهوم من إطلاق جواب الكتاب أن القسامة تجب على الذي في يده الدابة، والدية على عاقلته سواء كان للدابة مالك معروف أو لم يكن، والفرق أن العبرة في هذا الباب للرأي والتصرف والتدبير، وذلك في الدار لمالك لأن يده لا تنقطع عنها بالإجارة، وأما في الدابة فالتصرف والرأي والتدبير إلى من بيده الدابة لزوال يد المالك عنها بالإجارة وبالانفلات فتكون

---

(١) تقدم قبل قليل وهو مرسل شاذ لمخالفته الأحاديث الصحيحة

(٢) باطل. أخرجه الدارقطني ٤/ ٢٢٠ من حديث ابن عباس وقال: الكلبي متروك ووافقه الزيلعي ٤/ ٣٩٤

عمداً أو خطأً فكذلك الجواب، يدل عليه إطلاق الجواب في الكتاب، وهكذا الجواب في المبسوط، وعن أبي يوسف في غير رواية الأصل أن في القياس تسقط القسامة والدية عن الباقين من أهل المحلة، ويقال للولي ألك بينة؟ فإن قال لا يستحلف المدعى عليه يميناً واحدة. ووجهه أن القياس يأباه لاحتمال وجود القتل من غيرهم، وإنما عرف بالنص فيما إذا كان في مكان ينسب إلى المدعى عليهم والمدعي يدعي القتل عليهم، وفيما وراءه بقي على أصل القياس وصار كما إذا ادعى القتل على واحد من غيرهم. وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على أهل المحلة لأنه لا فصل في إطلاق النصوص بين دعوى ودعوى فنوجبه بالنص لا بالقياس، بخلاف ما إذا ادعى على واحد من غيرهم لأنه ليس فيه نص، فلو أوجبناهما لأوجبناهما بالقياس وهو ممتنع، ثم حكم ذلك أن يثبت ما ادعاه

يذكر بدله لا بأيمانهم لأنا الآن بصدد بيان موجب أيمانهم، وأما موجب نكولهم فإنما يأتي بيانه من بعد بقوله ومن أبى منهم اليمين حبس حتى يحلف فلا ارتباط لقوله لا بنكولهم بما نحن بصدده، ولأن الظاهر أن قوله ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهراً الخ جواب عن قول الشافعي لا ملزماً كما في سائر الدعاوى: يعني ما عهد اليمين في الشرع ملزماً كما في سائر الدعاوى، فالدافع له أن يقال: الدية إنما تجب بالقتل الموجود منهم ظاهراً لا بأيمانهم، فلم يكن اليمين ملزماً هنا كما في سائر الدعاوى، فقوله لا بنكولهم حشو محض في دفع ذلك، وإنما اللازم أن يقال بدله لا بأيمانهم كما لا يخفى قوله: **(ومن أبى منهم اليمين حبس حتى يحلف)** قال تاج الشريعة: هذا إذا ادعى الوليّ القتل عمداً، أما إذا ادعاه خطأً فنكل أهل المحلة فإنه يقضي بالدية على عاقلته ولا يحبسون ليحلفوا انتهى. وأما سائر الشراح فلم يقيد أحد منهم ها هنا مثل ما قيده تاج الشريعة، إلا أن صاحبي النهاية والعناية قالا في صدر هذا الباب: حكم القسامة القضاء بوجوب الدية إن حلفوا، والحبس حتى يحلفوا إن أبوا لو ادّعى الوليّ العمد، ولو ادعى الخطأ فالقضاء بالدية عند النكول انتهى. ولا يخفى أن ظاهر ما ذكره هناك يطابق ما ذكره تاج الشريعة هنا. أقول: لا يذهب عليك أن الظاهر من إطلاق جواب مسألة الكتاب هنا ومن اقتضاء دليلها الذي ذكره المصنف ومن دلالة قوله فيما بعد هذا الذي ذكرناه إذا ادعى الوليّ على جميع أهل المحلة، وكذا إذا ادعى على البعض لا بأعيانهم، والدعوى في العمد أو الخطأ أن يكون الحبس إلى أن يحلف الناكل موجب النكول في كل واحدة من صورتي دعوى العمد ودعوى الخطإ، وعن هذا ترى أصحاب المتون قاطبة أطلقوا جواب هذه المسألة، وكذا أطلقه الإمام قاضيخان في فتاواه حيث قال: وإن امتنعوا عن اليمين حبسوا حتى يحلفوا انتهى. وكذا حال سائر ثقات الأئمة في تصانيفهم، وكأن صاحب الغاية تنبه لهذا حيث قال في صدر هذا الباب: حكم القسامة القضاء بوجوب الدية على العاقلة في ثلاث سنين عندنا، وعند الشافعي إذا حلفوا برئوا، وأما إذا أبوا القسامة فيحبسون حتى يحلفوا أو يقروا انتهى. فإنه جرى في بيان حكمها أيضاً على الإطلاق كما ترى. ثم أقول: التحقيق ها هنا هو أن في جواب هذه المسألة روايتين إحداهما أنهم إن نكلوا حبسوا حتى يحلفوا على الإطلاق وهو ظاهر الروايتين عن أئمتنا الثلاثة، والأخرى أنهم إن نكلوا لا يحبسون بل يقضى بالدية على عاقلتهم في ثلاثة سنين بلا تقييد بدعوى الخطإ، وهو رواية الحسن بن زياد عن أبي يوسف، وقد أفصح عنه في المحيط البرهاني حيث قال: ثم في كل موضع وجبت القسامة وحلف القاضي خمسين رجلاً فنكلوا عن الحلف حبسوا حتى يحلفوا، هكذا ذكر في الكتاب. وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف أنه قال: لا يحبسون، ولكن يقضى بالدية على عاقلتهم في ثلاثة سنين. وقال ابن أبي مالك: هذا قوله الآخر، وكان ما ذكر في هذه الرواية قول أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الأول، إلى

القسامة على الذي في يده الدابة. وقوله: **(وادعة وأرحب)** هما قبيلتان من همدان وما بعده ظاهر. وقوله: **(ولا تدخل السكان في القسامة مع الملاك)** يشير إلى اختلاط السكان بالملاك. وقوله: **(وهو قول محمد)** يشير إلى أن محمداً ليس في هذا القول بأصيل، فإنه ذكر في الأسرار بعد ما ذكر الاختلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله هذا الاختلاف فقال: وقول محمد

إذا كان له بينة، وإن لم تكن استحلفه يميناً واحدة لأنه ليس بالقسامة لانعدام النص وامتناع القياس. ثم إن حلف برىء وإن نكل والدعوى في المال ثبت به، وإن كان في القصاص فهو على اختلاف مضى في كتاب الدعوى. قال: **(وإن لم يكمل أهل المحلة كررت الأيمان عليهم حتى تتم خمسين)** لما روي أن عمر رضي الله عنه لما قضى في القسامة وافى إليه تسعة وأربعون رجلاً فكرر اليمين على رجل منهم حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية[1]. وعن شريح والنخعي رحمهما الله مثل ذلك، ولأن الخمسين واجب بالنسبة فيجب إتمامها ما أمكن، ولا يطلب فيه الوقوف على الفائدة لثبوتها بالسنة، ثم فيه استعظام أمر الدم، فإن كان العدد كاملاً فأراد الولي أن يكرر على أحدهم فليس له ذلك، لأن المصير إلى التكرار ضرورة الإكمال. قال: **(ولا قسامة على صبي ولا مجنون)** لأنهما ليسا من أهل القول الصحيح واليمين قول صحيح. قال: **(ولا امرأة ولا عبد)** لأنهما ليسا من أهل النصرة واليمين على أهلها. قال: **(وإن وجد ميتاً لا أثر به فلا قسامة ولا دية)** لأنه ليس بقتيل، إذ القتيل في العرف من فاتت حياته بسبب يباشره حيّ وهذا ميت حتف أنفه، والغرامة تتبع فعل العبد والقسامة تتبع احتمال القتل ثم يجب عليهم القسم فلا بد من أن يكون به أثر يستدل به على كونه قتيلاً، وذلك بأن يكون به جراحة أو أثر ضرب أو خنق، وكذا إذا كان خرج الدم من عينه أو أذنه لأنه لا يخرج منها إلا بفعل من جهة الحي عادة، بخلاف ما إذا خرج من فيه أو دبره أو ذكره لأن الدم يخرج من هذه المخارج عادة بغير فعل أحد، وقد ذكرناه في الشهيد **(ولو وجد بدن القتيل أو أكثر من نصف البدن أو النصف ومعه الرأس في محلة فعلى أهلها القسامة والدية، وإن وجد نصفه مشقوقاً بالطول أو وجد أقل من النصف ومعه الرأس أو وجد يده أو رجله أو رأسه فلا شيء عليهم)** لأن هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد به في

هنا لفظ المحيط. ثم أقول: بقي ها هنا إشكال، وهو أنه قد مرّ في باب اليمين من كتاب الدعوى أن من ادعى قصاصاً على غيره فجحد استحلف بالإجماع، ثم إن نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص، وإن نكل في النفس حبس حتى يحلف أن يقرّ عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: لزمه الأرش في النفس وفيما دونها انتهى. فمتقضى إطلاق ذلك أن يكون موجب النكول في القسامة أيضاً هو القضاء بالدية دون الحبس عند أبي يوسف ومحمد وإن ادعى ولي القتيل القصاص مع أن المذكور في عامة الكتب أن يكون موجب النكول في القسامة هو الحبس إلى الحلف بلا خلاف فيه من أبي يوسف ومحمد كما هو ظاهر الرواية. نعم قد ذكر أيضاً في المحيط والذخيرة أنه روى الحسن بن زياد عن أبي يوسف أنه يقضى بالدية في القسامة أيضاً عند النكول، لكن يبقى إشكال التنافي بين ما ذكر في المقامين على قول أبي يوسف في ظاهر الرواية وعلى قول محمد مطلقاً فتأمل في الدفع قوله: **(وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على أهل المحلة لأنه لا فصل في إطلاق النصوص بين دعوى ودعوى فنوجبه بالنص لا بالقياس)** أقول: فيه بحث، لأنه إن أراد بإطلاق النصوص إطلاقها بحسب لفظها فهو مسلم، لكن لا يجدي هنا نفعاً، إذ من القواعد المقررة عندهم أن النص الوراد على خلاف القياس يختص بمورده، والنصوص فيما

مضطرب وقال **(أبو يوسف)** يعني آخراً وكان قوله أوّلاً كقولهما وما بعده ظاهراً. وقوله: **(وهو على أهل الخطة دون المشترين)** الخطة: المكان المختط لبناء دار أو غيرها من العمارات، ومعناه على أصحاب الأملاك القديمة الذين كانوا يملكونها حين فتح الإمام البلدة وقسمها بين الغانمين فإنه يختط خطة لتتميز أنصباؤهم، والضمير راجع إلى المذكور وهو

قال المصنف: **(ثم يجب عليهم القسم)** أقول: فيه أنه تكرار.

---

(١) موقوف. أخرج عبد الرزاق في مصنفه كما في نصب الراية ٤/ ٣٩٥، ٣٩٦ من سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب استحلف امرأة خمسين يميناً على مولى لها أصيب ثم جعل عليها دية.

البدن، إلا أن للأكثر حكم الكل تعظيماً للآدمي، بخلاف الأقل لأنه ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجري فيه القسامة، ولأنا لو اعتبرناه تتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا تتواليان، والأصل فيه أن الموجود الأول إن كان

نحن فيه واردة على خلاف القياس كما صرحوا به فلا بد وأن تكون مخصوصة بموردها، وهو ما إذا وجد القتيل في مكان ينسب إلى المدعى عليهم والمدعي يدعي القتل عليهم كما ذكر في في وجه القياس، وإن أراد بإطلاقها إطلاقها بحسب المورد أيضاً فهو ممنوع إذا لم يسمع في حق القسامة نص ورد فيما إذا ادعى الولي القتل على بعض من أهل المحلة بعينه كما لا يخفى على من تتبع النصوص الورادة في هذا الباب قوله: **(ولا امرأة ولا عبد لأنهما ليسا من أهل النصرة واليمين على أهلها)** أقول: يشكل إطلاق هذا بقول أبي حنيفة ومحمد في مسألة تجيء في آخر هذا الباب، وهي أنه لو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند أبي حنيفة ومحمد عليها القسامة يكرّر عليها الأيمان والدية على عاقلتها. وأما عند أبي يوسف فالقسامة أيضاً على العاقلة انتهت، وسيجيء في كتاب المعاقل ما يتعلق بهذا من الجواب وما فيه من الخلل قوله: **(لأن هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد به في البدن إلا أن للأكثر حكم الكل تعظيماً للآدمي، بخلاف الأقل لأنه ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجري فيه القسامة)** يعني أن وجوب القسامة على أهل المحلة ووجوب الدية على عواقلهم ثبت بالنص على خلاف القياس، والنص ورد في كل البدن وأكثر البدن كل حكماً وإن لم يكن كلاً حقيقة، فألحق أكثر البدن بالبدن في وجوب القسامة والدية تعظيماً لأمر الدم وما سواه ليس بكل أصلاً لا حقيقة ولا حكماً فبقي على أصل القياس فلم تجب فيه القسامة والدية، كذا في غاية البيان. أقول: في هذا التعليل شيء، وهو أنه قد ذكر في وضع المسألة أنه لو وجد بدن القتيل أو أكثر من نصف البدن أو النصف ومعه الرأس في محلة فعلى أهلها القسامة والدية، والتعليل المذكور إنما يفيد وجوب القسامة والدية على أهل المحلة فيما إذا وجد بدن القتيل أو أكثر من نصف البدن في هاتيك المحلة لا فيما إذا وجد النصف ومعه الرأس فيها، فإن الموجود فيها في هذه الصورة ليس كل البدن ولا أكثره، فلم يكن ما ورد فيه النص وإلا ملحقاً به فلم يتم التقريب، اللهم إلا أن يقال: النصف إذا كان معه الرأس يصير في حكم أكثر البدن بناء على شرف الرأس وكونه أصلاً كما صرحوا به، فيصير قول المصنف: إلا أن للأكثر حكم الكل تعظيماً للآدمي شاملاً لما هو الأكثر حقيقة أو حكماً فيتم التقريب بهذا التأويل. ثم بقي شيء آخر، وهو أن قول المصنف بخلاف الأقل لأنه ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجري فيه القسامة قاصر عن إفادة تمام المقصود، إذ قد ذكر من قبل أنه إن وجد نصفه مشقوقاً بالطول أو وجد أقل من النصف ومعه الرأس أو وجد يده أو رجله أو رأسه فلا شيء عليهم. ولا يخفى أن قوله بخلاف الأقل الخ لا يشمل ما وجد نصفه مشقوقاً بالطول فلا يحصل تمام التقريب، فالأولى أن يقال: بخلاف الأقل والنصف الذي ليس معه الرأس الخ، وكأن صاحب الغاية ذاق هذه البشاعة حيث قال في شرحه بدل قول المصنف بخلاف الأقل الخ وما سواه ليس بكل أصلاً لا حقيقة ولا حكماً فبقي على أصل القياس فلم تجب فيه القسامة والدية اهـ. وأورد بعض الفضلاء على قول المصنف إلا أن للأكثر حكم الكل تعظيماً للآدمي حيث قال فيه بحث، لأن هذا قياس انتهى. أقول: ليس ذاك بوارد، فإن هذا الذي ذكره المصنف ليس بقياس بل هو إلحاق بدلالة النص كما يرشد إليه قوله ولا ملحق به في قوله بخلاف الأقل لأنه ليس ببدن ولا ملحق به، والذي لا يجوز في هذا الباب هو القياس لا دلالة

وجوب القسامة والدية: أي القسامة على أهل الخطة والدية على عاقلتهم، وقوله: **(وقيل إن أبا حنيفة رحمه الله بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة)** يعني من أصحاب الخطة في كل محلة هم الذين يقومون بتدبير المحلة ولا يشاركهم المشترون في ذلك، ويجوز أن يكون فيه تلويح إلى الجواب عما يقال: ما الفرق بين المحلة والدار، فإنه لو وجد قتيل في دار بين مشتر وذي خطة

قال المصنف: **(إلا أن للأكثر حكم الكل تعظيماً للآدمي)** أقول: فيه بحث، لأن هذا قياس.

بحال لو وجد الباقي تجري فيه القسامة لا تجب فيه، وإن كان بحال لو وجد الباقي لا تجري فيه القسامة تجب، والمعنى ما أشرنا إليه، وصلاة الجنازة في هذا تنسحب على هذا الأصل لأنها لا تتكرر **(ولو وجد فيهم جنين أو سقط ليس به أثر الضرب فلا شيء على أهل المحلة)** لأنه لا يفرق الكبير حالاً **(وإن كان به أثر الضرب وهو تامّ الخلق وجبت القسامة والدية عليهم)** لأن الظاهر أن تام الخلق ينفصل حياً **(وإن كان ناقص الخلق فلا شيء عليهم)**

النص كما لا يخفى قوله: **(ولأنا لو اعتبرناه تتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا تتواليان)** يعني لو وجبت بالأقل لوجبت بالأكثر أيضاً إذا وجد، وكذلك لو وجبت بالنصف الآخر أيضاً إذا وجد، فيلزم أن تتكرر القسامتان والديتان في مقابلة نفس واحدة، وذلك لا يجوز إذ لم تشرعا مكررتين قط. قال في غاية البيان: كان ينبغي أن يقول: يتكرر القسامة والدية بلفظ المفرد ولا يذكرهما بلفظ التثنية لأنه حينئذٍ يكون أكثر من القسامتين والديتين وليس كذلك، وقصد صاحب العناية توجيه عبارة المصنف حيث قال بعد نقل ما في غاية البيان: ويجوز أن يكون مراده القسامتان والديتان على القطعتين يتكرران في خمسين نفساً انتهى. أقول: ليس هذا بشيء لأن القسامة في الشرع اسم لمجموع أيمان يقسم بها خمسون من أهل المحلة وكذا الدية اسم لمجموع ما وجب من المال بمقابلة دم إنسان فكيف يتصور أن يتحقق في كل واحد من خمسين نفساً حتى يصح توجيه تكرر القسامتين والديتين على القطعتين بتكررهما في خمسين نفساً، وإنما الموجود في آحاد خمسين نفساً بعض القسامة والدية لأنفسهما، والكلام في إسناد التكرّر إلى نفس القسامتين والديتين فلا مساغ لذلك التوجيه قوله: **(والأصل فيه أن الموجود الأول إن كان بحال لو وجد الباقي تجري فيه القسامة لا تجب الخ)** أقول: فيه نظر، لأنه إذا كان الباقي نصف القتيل مشقوقاً بالطول مثلاً يصدق عليه أنه بحال لو وجد لا يجري فيه القسامة، إذ قد صرح فيما قبل بأنه إن وجد نصفه مشقوقاً بالطول فلا شيء عليهم مع أنه لا تجب القسامة حينئذٍ في الموجود الأول أيضاً بناء على ذلك المصرح به فيما قبل فانتقض بمثل هذه الصورة قوله وإن كان بحال لو وجد الباقي لا تجري فيه القسامة تجب كما لا يخفى قوله: **(ولو وجد فيهم جنين أو سقط ليس به أثر الضرب فلا شيء على أهل المحلة)** أقول: في تحرير هذه المسألة بهذا الأداء فتور من وجوه: الأول أن الجنين على ما صرح به في عامة كتب اللغة الولد ما دام في البطن فكيف يتصور أن يوجد فيهم جنين وحده وهو في بطن أمه؟ أما وجوده مع أمه فهو بمعزل عما نحن فيه لكون الحكم هناك للأم دون الجنين. والثاني أن ذكر الجنين يغني عن ذكر السقط، لأن السقط على ما صرح به في كتب اللغة الولد الذي سقط قبل تمامه، والجنين يعم تام الخلق وغير تامه.

فإنهما متساويان في القسامة والدية بالإجماع، وفي المحلة فرقاً فأوجبا القسامة على أهل الخطة دون المشترين مع أن كل واحد منهما لو انفرد كانت القسامة عليه والدية على عاقلته. ووجه ذلك أن في العرف أن المشترين قلما يزاحمون أصحاب الخطة في التدبير والقيام بحفظ المحلة، وليس في حق الدار كذلك فإن في عمارة ما استرمّ من الدار وإجارتها وإعارتها هما متساويان فكذلك في القيام بحفظ الدار. وقوله: **(لما بينا)** إشارة إلى قوله إن صاحب الخطة هو المختص. وقوله: **(ولأنه أصيل)** والمشتري دخيل. وقوله: **(لأن الولاية انتقلت إليهم)** يعني على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أو خلصت لهم على قول أبي يوسف. وقوله: **(لزوال من يتقدمهم)** يرجع إلى قوله انتقلت إليهم. وقوله: **(أو يزاحمهم)** يرجع إلى قوله أو خلصت لهم. وقوله: **(وإذا وجد القتيل في دار)** يعني إذا وجد القتيل في دار فالدية على عاقلة صاحبها باتفاق الروايات. وفي

قوله: **(ويجوز أن يكون مراده القسامتان والديتان على القطعتين، يتكرران في خمسين نفساً)** أقول: جزء الدية لا يسمى دية حتى يقال يتكرر في خمسين نفساً فتأمل قوله: **(واعترض عليه بأن الظاهر، إلى قوله: وأجيب عنه بأنه الخ)** أقول: الاعتراض والجواب للإتقاني.

لأنه ينفصل ميتاً لا حياً. قال: **(وإذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته دون أهل المحلة)** لأنه في يده فصار كما إذا كان في داره، وكذا إذا كان قائدها أو راكبها **(فإن اجتمعوا فعليهم)** لأن القتيل في أيديهم فصار كما إذا وجد في دارهم. قال: **(وإن مرّت دابة بين القريتين وعليها قتيل فهو على أقربهما)** لما روي «أن النبيّ عليه الصلاة والسلام أتي بقتيل وجد بين قريتين فأمر أن يذرع»[1]. وعن عمر رضي الله عنه أنه لما كتب إليه في القتيل الذي وجد بين وادعة وأرحب كتب بأن يقيس بين قريتين، فوجد القتيل إلى وداعة أقرب فقضى عليهم بالقسامة[2]. قيل هذا محمول على ما إذا كان بحيث يبلغ أهله الصوت، لأنه إذا كان بهذه الصفة يلحقه الغوث فتمكنهم النصرة وقد قصروا. قال: **(وإذا وجد القتيل في دار إنسان فالقسامة عليه)** لأن الدار في يده **(والدية على عاقلته)** لأن نصرته

والثالث أن قوله ليس به أثر الضرب غير كاف في جواب المسألة، إذ لا بد فيه من أن لا يكون به أثر الجراحة والخنق أيضاً كما تقرر فيما سبق، فالاقتصار هنا على نفي أثر الضرب تقصير، والأظهر أن يقال: ولو وجد فيهم ولد صغير ساقط ليس به أثر القتل فلا شيء عليهم تدبر قوله: **(إن كان به أثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم، لأن الظاهر أن تام الخلق ينفصل حياً)** فإن قيل: الظاهر يصلح للدفع دون الاستحقاق ولهذا قلنا في عين الصبي ولسانه وذكره إذا لم تعلم صحته حكومة عدل عندنا وإن كان الظاهر سلامتها. أجيب بأنه إنما لم يجب في الأطراف قبل أن يعلم صحتها ما يجب في السليم لأن الأطراف يسلك بها مسك الأموال وليس لها تعظيم كتعظيم النفوس فلم يجب فيها قبل العلم بالصحة قصاص أو دية، بخلاف الجنين فإنه نفس من وجه عضو من وجه، فإذا انفصل تام الخلق وبه أثر الضرب وجب فيه القسامة والدية تعظيماً للنفوس، لأن الظاهر أنه قتيل لوجود دلالة القتل وهو الأثر، إذ الظاهر من حال تام الخلق أن ينفصل حياً، وأما إذا وجد ميتاً ولا أثر به فلا يجب فيه شيء لأن حاله لا تفوق حال الكبير، وإذا وجد الكبير ميتاً ولا أثر به لا يجب فيه شيء فكذا هذا، كذا قال جمهور الشراح. ورد صاحب العناية جوابهم المزبور حيث قال بعد ذلك السؤال والجواب: وهذا كما ترى مع تطويله لم يردّ السؤال وربما قوّاه، لأن الظاهر إذا لم يكن حجة للاستحقاق في الأموال وما يسلك بها مسلكها فلأن لا يكون فيما هو أعظم خطراً أولى انتهى. أقول: ليس الأمر كما زعمه، فإن حاصل جوابهم منع عدم كون الظاهر حجة للاستحقاق في باب القسامة فإنه يكون حجة للاستحقاق فيه تعظيما لأمر النفوس وصيانة لها من الإهدار، وعن هذا قالوا: يجب الدية بالقتل الموجود منهم ظاهراً لوجود القتيل بين أظهرهم، فقوله لأن الظاهر إذا لم يكن حجة للاستحقاق في الأموال وما يسلك بها مسلكها فلأن لا يكون فيما هو أعظم خطراً أولى ممنوع، فإن ما لزم من عدم كون الظاهر حجة في الأموال وما يسلك به مسلكها إهدار أمر حقير، وما لزم من عدم كونه حجة في النفوس إهدار أمر خطير، ولا شك إن إهدار الحقير أهون وأولى من إهدار الخطير. ثم قال صاحب العناية: والصواب أن يقال: الظاهر هنا اعتبر دافعا لما عسى يدعي القاتل عدم حياته. وأما دليل الاستحقاق فهو حديث حمل بن مالك وهو قوله

القسامة روايتان: ففي إحداهما تجب على صاحب الدار وفي الأخرى على عاقلته، وبهذا يندفع ما يرى من التدافع بين قوله قبل هذا وإن وجد القتيل في دار إنسان فالقسامة عليه، وبين قوله ها هنا فالقسامة على ربّ الدار وعلى قومه بحمل ذاك على

---

(١) أخرجه الطيالسي ٢١٩٥ وأحمد ٨٩/٣ والبزار كما في المجمع ٦/ ٦٩٠ والبيهقي ١٢٦/٨ كلهم من حديث أبي سعيد الخدري «أن قتيلاً وجد بين حيين فأمر النبي ﷺ أن يقاس إلى أيهما أقرب فوجد أقرب إلى أحد الحيين بشبر قال الخدري: كأني أنظر إلى شبر رسول الله ﷺ، فألقى ديته عليهم» قال الهيثمي: فيه عطية العوفي ضعيف

وقال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٣٩٦: أعلّه ابن عدي والعقيلي بأبي إسرائيل، فضعفه ابن عدي عن قوم، ووثقه عن آخرين. وقال البزار: أبو إسرائيل ليس بالقوي في الحديث، وقال البيهقي في المعرفة: فيه عطية العوفي، والملائي، وكلاهما ضعيف

(٢) موقوف. أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه كما في نصب الراية ٤/ ٣٩٧ عن الحارث بن الأزمع قال: «وجد قتيل باليمن بين وادعة وأرحب، فكتب عامل عمر بن الخطاب إليه، فكتب عمر إليه أن قس ما بين الحيين، فإلى أيهما كان أقرب، فخذهم به قال: فقاسوا، فوجدوه أقرب إلى وادعة، فأخذنا وأغرمنا وأحلفنا فقلنا: يا أمير المؤمنين أتحلفنا، وتغرمنا؟! قال: نعم. فأحلف منا خمسين رجلاً بالله ما قتلت، ولا علمت قاتلاً.

منهم وقوّته بهم. قال: **(ولا تدخل السكان في القسامة مع الملاك عند أبي حنيفة)** وهو قول محمد وقال أبو يوسف هو عليهم جميعاً **(لأن ولاية التدبير كما تكون بالملك تكون بالسكنى)** ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام جعل القسامة والدية على اليهود وإن كانوا سكاناً بخيبر[1]. ولهما أن المالك هو المختص بنصرة البقعة دون السكان لأن سكنى الملاك ألزم وقرارهم أدوم فكانت ولاية التدبير إليهم فيتحقق التقصير منهم. وأما أهل خيبر فالنبيّ عليه الصلاة والسلام أقرّهم على أملاكهم فكان يأخذ منهم على وجه الخراج. قال: **(وهي على أهل الخطة دون المشترين)** وهذا قول أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: الكل مشتركون لأن الضمان إنما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ وبهذا الطريق يجعل جانياً مقصراً، والولاية باعتبار الملك وقد استووا فيه. ولهما أن صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة هو المتعارف، ولأن أصيل والمشتري دخيل وولاية التدبير إلى الأصيل. وقيل أبو حنيفة بنى ذلك على

ﷺ «أسجع كسجع الكهان، قوموا فدوه»[2] انتهى. أقول: يرد عليه أن حديث حمل بن مالك ورد في جنين انفصل ميتاً، وموجبه الغرة وهي نصف عشر الدية، وإنما سماها رسول الله ﷺ دية حيث قال فدو لكونها بدل النفس كما تقرر في باب الجنين، والكلام هنا في جنين انفصل حياً بناء على أن الظاهر أن تام الخلق ينفصل حياً والموجب فيه القسامة والدية كما ذكر في الكتاب، فأين هذا من ذلك. وقد كان صاحب العناية ذكر حديث حمل بن مالك في باب الجنين على التفصيل حيث قال: وهذا الحديث حديث حمل بن مالك بالحاء المهملة والميم المفتوحتين، قال «كنت بين جاريتين لي فضربت إحداهما بطن صاحبتها بعمود فسطاط أو بمسطح خيمة فألقت جنيناً ميتاً فاختصم أولياؤها إلى رسول الله ﷺ، فقال عليه الصلاة والسلام لأولياء الضاربة: دوه، فقال أخوها: أندي من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل ومثل دمه يطل؟ فقال عليه الصلاة والسلام: أسجع كسجع الكهان» وفي رواية «دعني وأراجيز

رواية وهذا على أخرى. وحكي عن الكرخي رحمه الله أنه كان يوفق بينهما ويقول: الرواية التي توجبها على صاحب الدار محمولة على ما إذا كان قومه غيباً، والرواية التي توجبها على قومه محمولة على ما إذا كانوا حضوراً، كذا في الذخيرة، والمذكور في الكتاب يدل على أنها عليهما جميعاً إذا كانوا حضوراً ويوافقه رواية فتاوى العتابي وما بعده ظاهر. قال: **(ومن اشترى داراً فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل الخ)** أجمعوا على أن وجوب الضمان عند وجود القتيل يتعلق بولاية الحفظ لأنه ضمان ترك الحفظ. ثم اختلفوا فقال أبو حنيفة رحمه الله: ولاية الحفظ باليد والملك سببها، وقالا: ولاية الحفظ تستفاد بالملك، فإذا وجدا في واحد ارتفع الخلاف، وإن كان لأحدهما الملك وللآخر اليد كان اعتبار اليد عنده أولى لأن القدرة الحقيقية ثبتت بها وعندهما اعتبار الملك وعلى هذا إذا اشترى داراً فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فإما أن يكون البيع باتاً أو فيه الخيار. فإن كان الأول فهو: أي المذكور وهو الدية على عاقلة البائع، وإن كان الثاني فهو على عاقلة من هي في يده عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما إن كان الأول فعلى عاقلة المشتري، وإن كان الثاني فعلى الذي تصير له ودليلهما واضح. وقوله: **(ولهذا)** أي ولكون ولاية الحفظ تستفاد بالملك **(كانت الدية)** في هذا الموضع **(على عاقلة صاحب الدار دون المودع)**

قوله: **(وأما إذا انفصل ميتاً)** أقول: الظاهر إذا وجد ميتاً قوله: **(وهذا كما ترى مع تطويله لم يرد السؤال وربما قواه)** أقول: بل يرده، فإن حاصله كون الظاهر حجة للاستحقاق هنا تعظيماً لأمر النفوس، ومنع كلية القضية القائلة أن لا يكون حجة للاستحقاق، ويقوي هذا المنع ما سبق من المصنف في الدرس الأمس، ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهراً فليتأمل قوله: **(فلأن لا يكون فيما هو أعظم خطراً أولى)** أقول: الاستحقاق هنا للمال أيضاً لا غير قوله: **(وأما دليل الاستحقاق فهو حديث حمل بن مالك)** أقول: ذلك في الغرة، والقسامة والدية ليستا في معناها قوله: **(فالتصرف والرأي والتدبير إلى من بيده الدابة)** أقول: ما الجواب إذا كان الملك مع الراكب يسوق الدابة أو يقودها، أو يكون الراكب هو المالك والآخر يقود أو يسوق، فإن إطلاق الكتاب يشمل هذه الصور. قال الإتقاني: فيما سيجيء من مسألة السفينة: لو كان صاحب السفينة معهم ينبغي أن تجب عليه كما في الدار، فينبغي أن يكون هنا كذلك.

---

(١) تقدم في أول الباب.

(٢) تقدم في «الجنين» وهو حديث حسن.

ما شاهد بالكوفة. قال: **(وإن بقي واحد منهم فكذلك)** يعني من أهل الخطة لما بينا **(وإن لم يبق واحد منهم بأن باعوا كلهم فهو على المشترين)** لأن الولاية انتقلت إليهم أو خلصت لهم لزوال من يتقدمهم أو يزاحمهم **(وإذا وجد قتيل في دار فالقسامة على ربّ الدار وعلى قومه تدخل العاقلة في القسامة إن كانوا حضوراً، وإن كانوا غيباً فالقسامة على ربّ الدار يكرّر عليه الأيمان)** وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: لا قسامة على العاقلة لأن ربّ الدار أخص به من غيره فلا يشاركه غيره فيها كأهل المحلة لا يشاركهم فيها عواقلهم. ولهما أن الحضور لزمتهم نصرة البقعة كما تلزم صاحب الدار فيشاركون في القسامة قال: **(وإن وجد القتيل في دار مشتركة نصفها لرجل وعشرها لرجل ولآخر ما بقي فهو على رؤوس الرجال)** لأن صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير في التدبير فكانوا سواء في الحفظ والتقصير فيكون على عدد الرؤوس بمنزلة الشفعة. قال: **(ومن اشترى دارا ولم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فهو على عاقلة البائع وإن كان في البيع خيار لأحدهما فهو على عاقلة الذي في يده)** وهذا عند أبي حنيفة وقالا: إن لم يكن فيه خيار فهو على عاقلة المشتري وإن كان فيه خيار فهو على عاقلة الذي تصير له، لأن إنما أنزل قاتلاً باعتبار التقصير في الحفظ ولا يجب إلا على من له ولاية الحفظ، والولاية تستفاد بالملك ولهذا كانت الدية

العرب، قوموا فدوه»[1] الحديث انتهى فكأنه نسي ما قدمت يداه قوله: **(وإذا وجد قتيل في دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه، وتدخل العاقلة في القسامة إذا كانوا حضوراً، وإن كانوا غيباً فالقسامة على ربّ الدار يكرر عليه الأيمان)** قال صاحب العناية في شرح هذا المقام: يعنى إذا وجد القتيل في دار فالدية على عاقلة صاحبها باتفاق الروايات. وفي القسامة روايتان: ففي إحداهما تجب على صاحب الدار وفي الأخرى على عاقلته، وبهذا يندفع ما يرى من التدافع بين قوله قبل هذا وإن وجد القتيل في دار إنسان فالقسامة عليه، وبين قوله هنا فالقسامة على ربّ الدار وعلى قومه يحمل ذاك على رواية وهذا على أخرى انتهى. أقول: فيه بحث؛ أما أولاً فلأن قول المصنف فيما قبل وإن وجد القتل في دار إنسان فالقسامة عليه وإن جاز أن يحمل على إحدى الروايتين اللتين ذكرهما صاحب العناية إلا أن قوله ها هنا فالقسامة على رب الدار وعلى قومه لا يجوز أن يحمل على الأخرى منهما، فإن القسامة فيها على عاقلة صاحب الدار لا على صاحب الدار وعلى عاقلته جميعاً، وفيما ذكره المصنف ها هنا على ربّ الدار وعلى قومه جميعاً فتغايرا. وأما ثانياً فلأن قول المصنف فتدخل العاقلة في القسامة إن كانوا حضوراً، وإن كانوا غيباً فالقسامة على ربّ الدار يكرّر عليه الأيمان صريح في التوفيق بين المسألة التي ذكرها هنا وبين المسألة المذكورة فيما قبل، حيث كان وجوب القسامة على ربّ الدار وعلى قومه فيما إذا كان قومه فيما إذا كان قومه حضوراً ووجوبها على رب الدار وحده فيما إذا كانوا غيباً والمصير إلى الحمل على الروايتين إنما يكون فيما لا يمكن التوفيق وهو خلاف مدلول كلام المصنف صراحة فكيف يصح أن يكون شرحاً لمراده قوله: **(لأنه إنما أنزل قاتلاً باعتبار التقصير في الحفظ، ولا يجب إلا على من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك)** أقول: هذا التعليل على قول أبي يوسف مشكل لأنه إن أراد بقوله والولاية تستفاد بالملك الحصر بمعنى أن الولاية تستفاد بالملك لا بغيره، وينتقض ذلك بما مر من أن السكان يدخلون في القسامة والدية مع الملاك عنده بناء على أن ولاية التدبير كما تكون بالملك تكون بالسكنى، وإن لم يرد بذلك معنى الحصر لا يتم التقريب في إثبات مدعاهما في هذه المسألة كما لا يخفى قوله: **(وله أن القدرة على الحفظ باليد دون الملك؛ ألا يرى أنه يقتدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقتدر بالملك دون**

لعدم ملكه وإن كان له يد، وكذا دليل أبي حنيفة واضح، ولم يذكر الجواب عن فصل الوديعة المستشهد به لأنه قد اندرج في دليله، وذلك لأنه قال: **(إن القدرة على الحفظ باليد)** أطلق اليد والمطلق ينصرف إلى الكامل والكامل في اليد ما كان أصالة

---

(١) تقدم في «الجنين» وهو حديث حسن.

على عاقلة صاحب الدار دون المودع، والملك للمشتري قبل القبض في البيع الباتّ، وفي المشروط فيه الخيار يعتبر قرار الملك كما في صدقة الفطر. وله أن القدرة على الحفظ باليد لا بالملك؛ ألا يرى أنه يقتدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقتدر بالملك دون اليد، وفي الباتّ اليد للبائع قبل القبض، وكذا فيما فيه الخيار لأحدهما قبل القبض لأنه دون الباتّ، ولو كان المبيع في يد المشتري والخيار له فهو أخص الناس به تصرفاً، ولو كان الخيار للبائع فهو في يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب فتعتبر يده إذ بها يقدر على الحفظ. قال: **(ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة حتى تشهد الشهود أنها للذي في يده)** لأنه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل

اليد) أقول: هذا التنوير غير واضح، لأنه إن أراد باليد مطلقا: أي سواء كانت يد أصالة أو يد نيابة فليس بصحيح، إذ لا يجب شيء من القسامة والدية على المودع ونحوه بالاتفاق لكون يده يد نيابة لا يد أصالة كما صرحوا به قاطبة، فلو أمكن الاقتدار على الحفظ بيد النيابة أيضاً لما صح ذلك؛ وإن أراد بها يد الأصالة فقط كما هو الظاهر فالخصم وهو صاحباه لا يسلم أنه يقتدر على الحفظ بيد الأصالة فقط بدون الملك، ولا أنه لا يقتدر عليه بالملك بدون تلك اليد، بل يقول: ولاية الحفظ إنما يستفاد بالملك دون اليد كما في مسألتنا المتنازع فيها. وبالجملة ما ذكر في هذا التنوير ليس بأجلى من أصل المسألة قوله: **(ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة حتى يشهد الشهود أنها للذي في يده)** قال صاحب العناية: ولا يختلجن في وهمك صورة تناقض في عدم الاكتفاء باليد مع ما تقدم أن الأعتبار عند أبي حنيفة لليد، لأن اليد المعتبرة عنده وهي التي تكون بالأصالة والعاقلة تنكر ذلك انتهى. أقول: لقائل أن يقول: هب أن اليد المعتبرة عنده هي التي تكون بالأصالة لكن كيف يتم على أصله التعليل الذي ذكره المصنف بقوله لأنه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه، وهلا يناقض هذا ما مر من أن الاعتبار عند أبي حنيفة لليد دون الملك كما في المسألة المتقدمة آنفا، فإن الملك هناك للمشتري مع أن الدية عنده لعاقلة البائع لكونه صاحب اليد قبل القبض كما مرّ تفصيله. وقال صاحب الغاية هنا: ولا يلزم أبا حنيفة أنه يعتبر اليد في استحقاق الدية حتى قال في الدار المبيعة في يد البائع يوجد فيها قتيل أن الدية تجب على عاقلة البائع لأنه يعتبر يد الملك لا مجرد اليد فلم يثبت هنا يد الملك إلا بالبينة انتهى. وذكر في معراج الدراية ما يوافقه حيث قال: وفي جامع الكرابيسي اعتبر أبو حنيفة يد الملك لا مجرد اليد في المسألة المتقدمة، وهنا لا يثبت ذلك إلا بالبينة فلا يرد نقضاً عليه انتهى. أقول: هذا التوجيه مشكل، لأن الملك في المسألة المتقدمة كان للمشتري لا محالة، وعن هذا نشأ النزاع بين أبي حنيفة وصاحبيه في تلك المسألة، إذ لو كان الملك أيضاً للبائع لما صار محل الخلاف وإقامة الحجة من الجانبين على ما مر بيانه، فإذا كان الملك هناك للمشتري فكيف يتحقق للبائع إذ ذاك يد الملك، إذ ثبوت يد الملك له يقتضي ثبوت نفس الملك أيضاً فيلزم أن يجتمع على الدار المبيعة في حالة واحدة لمكانه وهما ملك البائع وملك المشتري وهو محال، وإن أريد بيد الملك غير معناه الظاهر: أي اليد التي كان لصاحبها ملك في الأصل، وإن زال ذلك الملك في الحال بالبيع فما معنى اعتبار مثل ذلك الأمر الزائل في ترتب الحكم الشرعي عليه

ويد المودع ليست كذلك، وكذلك المستعير والمستأجر. قيل ما الفرق لأبي حنيفة بين الجناية وصدقة الفطر فإنه يعتبر البتة الملك في الثانية دون الأولى. والجواب أن صدقة الفطر مؤنة الملك فكانت على المالك، والجناية موجبة للضمان بترك الحفظ، والحفظ إنما يتحقق باليد لما ذكر من الدليل. وقوله: **(ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة)** يعني إذا أنكرت العاقلة كون الدار لصاحب اليد، وقالوا: إنها وديعة أو مستعارة أو مستأجرة **(حتى تشهد الشهود أنها للذي في يده)** ولا

قوله: **(وفي الأخرى على عاقلته)** أقول: الأظهر أن يقول: وفي الأخرى عليه وعلى عاقلته حتى يستقيم تفريع اندفاع التدافع عليه

قوله: **(وإن كان الثاني فهو على عاقلة من هي في يده)** أقول: لا أدري ما فائدة هذا التفصيل والإبهام، فإن اليد للبائع، إذ الفرض انتفاء قبض المشتري ففي الصورتين الضمان على عاقلة البائع، وهذه الركاكة مخصوصة بتقريره، وسياق المصنف سالم عن أمثالها.

العواقل عنه، واليد وإن كانت دليلاً على الملك لكنها محتملة فلا تكفي لإيجاب الدية على العاقلة كما لا تكفي لاستحقاق الشفعة به في الدار المشفوعة فلا بد من إقامة البينة. قال: **(وإن وجد قتيل في سفينة فالقسامة على من فيها من الركاب والملاحين)** لأنها في أيديهم واللفظ يشمل أربابها حتى تجب على الأرباب الذين فيها وعلى السكان، وكذا على من يمدها والمالك في ذلك وغير المالك سواء، وكذا العجلة، وهذا على ما روي عن أبي يوسف ظاهر. والفرق لهما أن السفينة تنقل وتحوّل فيعتبر فيها اليد دون الملك كما في الدابة، بخلاف المحلة والدار لأنها لا تنقل. قال: **(وإن وجد في مسجد محلة فالقسامة على أهلها)** لأن التدبير فيه إليهم **(وإن وجد في المسجد الجامع أو الشارع الأعظم فلا قسامة فيه والدية على بيت المال)** لأنه للعامة لا يختص به واحد منهم، وكذلك

في الحال، وهل يليق أن يعد ذلك أصلاً لإمامنا الأعظم فعليك بالتأمل الصادق قوله: **(وإن أدّعى على واحد من غيرهم سقطت عنهم وقد بيناه من قبل)** قال صاحب العناية: يريد به قوله هذا الذي ذكرنا إذا أدّعى الولي القتل على جميع أهل المحلة انتهى. واقتفى أثره العيني. أقول: الظاهر أنه أراد به قوله بخلاف ما إذا ادعى على واحد من غيرهم لأنه ليس فيه نض، فلو أوجبناها لأوجبناها بالقياس وهو ممتنع فإنه هو المطابق لهذه المسألة التي ذكرها المصنف هنا دون ما حمل عليه الشارحان المزبوران كما لا يخفى على الفطن قوله: **(ووجه الفرق هو أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم)** أقول: لقائل أن يقول: إن أريد أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم بدون أن يتعين خصوصه فهو مسلم، لكن لا نسلم أن تعيينه واحداً منهم لا ينافي ابتداء الأمر حينئذٍ، فإن ابتداء الأمر إذ ذاك كون القاتل منهم بدون أن يتعين خصوصه، وبتعيينه واحداً منهم يلزم أن يعين خصوصه وإن كان منهم، ولا ريب أن تعين خصوص القاتل ينافي عدم تعينه. وإن أريد أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم تعين خصوصه فهو ممنوع كما لا يخفى، وإن أريد أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم سواء تعين خصوصه أو لم يتعين فهو أيضاً ممنوع، إذ لا يظهر وجه كون الجناية الصادرة عن واحد منهم عند تعين خصوصه سبباً لوجوب الغرم عليهم جميعاً؛ ألا يرى أنه إذا أقرّ واحد منهم بعينه بقتل القتيل الموجود بين أظهرهم أو ثبت ذلك بالبينة لا يجب شيء على غيره أصلاً. فإن قيل: يجوز أن يكون سبب وجوب الغرم عليهم جميعاً عند تعين خصوص القاتل منهم كونهم قتلة أيضاً تقديراً بتركهم النصرة لعدم أخذهم على يد ذلك القاتل الظالم كما يشعر به قول المصنف فيما بعد: وهم إنما يغرمون إذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقديراً حيث لم يأخذوا على يد الظالم. قلنا: ذلك إنما يظهر إذا علموا قتل ذاك الظالم فتركوا النصرة، وأما إذا لم يعلموا ذلك بأن كان قتله خفية فلا. ولئن سلم ذلك مطلقاً لعدم احتياطهم في حفظ المحلة يشكل بما إذا أقرّ واحد منهم بعينه بالقتل أو ثبت ذلك بالبينة، فإنه لا يجب على غيره شيء هناك مع تحقق ذلك السبب فيه أيضا فتأمل في التوجيه. وذكر في الشروح نقلاً عن المبسوط أنه روى ابن المبارك عن أبي حنيفة أنه تسقط القسامة والدية عن أهل المحلة، لأن دعوى الولي على

يختلجنّ في وهمك صورة تناقض في عدم الاكفاء باليد مع ما تقدم أن الاعتبار عند أبي حنيفة لليد، لأن اليد المعتبرة عنده هي التي تكون بالأصالة كما تقدم والعاقلة تنكر ذلك، والباقي واضح. وقوله: **(واللفظ)** أي لفظ القدوري وهو قوله على من فيها من الركاب والملاحين يشمل أربابها: أي ملاكها وغير ملاكها. وقوله: **(وهذا)** أي كون الملاك وغيرهم سواء في القسامة **(على ما روي عن أبي يوسف رحمه الله)** أن السكان تدخل في القسامة مع الملاك **(ظاهر)** وأما على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله فلا بد من الفرق وهو ما ذكره في الكتاب وهو ظاهر. قال: **(وإن وجد في مسجد محلة)** كلامه واضح سوى ألفاظ نذكرها. قوله: **(فعند أبي يوسف تجب على السكان)** أي سواء كان السكان ملاكاً أو غير ملاك. وقوله: **(كالشوارع**

قال المصنف: **(لأنه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه)** أقول: يناقض ما تقدم، فإن البائع إذا لم يقبض المشتري الدار صاحب يد بلا ملك، مع أنه تعقل عواقله، وكذا في بعض صور البيع المنجز.

الجسور العامة ومال بيت المال مال عامة المسلمين **(ولو وجد في السوق إن كان مملوكاً)** فعند أبي يوسف تجب على السكان وعهدهما على المالك **(وإن لم يكن مملوكاً كالشوارع العامة التي بنيت فيها فعلى بيت المال)** لأنه لجماعة المسلمين **(ولو وجد في السجن فالدية على بيت المال، وعلى قول أبي يوسف الدية والقسامة على أهل السجن)** لأنهم سكان وولاية التدبير إليهم، والظاهر أن القتل حصل منهم، وهما يقولان إن أهل السجن مقهورون فلا يتناصرون فلا يتعلق بهم ما يجب لأجل النصرة، ولأنه بني لاستيفاء حقوق المسلمين، فإذا كان غنمه يعود إليهم فغرمه يرجع عليهم. قالوا: وهذه فريعة المالك والساكن وهي مختلف فيها بين أبي حنيفة وأبي يوسف. قال: **(وإن وجد في برية ليس بقربها عمارة فهو هدر)** وتفسير القرب ما ذكرنا من استماع الصوت لأنه إذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغوث من غيره فلا يوصف أحد بالتقصير، وهذا إذا لم تكن مملوكة لأحد. أما إذا كانت فالدية والقسامة على عاقلته **(وإن وجد بين قريتين كان على أقربهما)** وقد بيناه **(وإن وجد في وسط الفرات يمر به الماء فهو هدر)** لأنه ليس في يد أحد ولا في ملكه **(وإن كان محتبساً بالشاطىء فهو على أقرب القرى من ذلك المكان)** على التفسير الذي تقدم لأنه اختص بنصرة هذا الموضع فهو كالموضوع على الشط والشط في يد من هو أقرب منه؛ ألا ترى أنهم يستقون منه الماء ويوردون بهائمهم فيها، بخلاف النهر الذي يستحق به الشفعة لاختصاص أهلها به لقيام يدهم عليه فتكون القسامة والدية عليهم. قال: **(وإن ادعى الولي على واحد من أهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة عنهم)** وقد ذكرناه وذكرنا فيه القياس والاستحسان. قال: **(وإن ادّعى على واحد من غيرهم سقطت عنهم)** وقد بيناه من قبل

واحد منهم بعينه تكون إبراء لأهل المحلة عن القسامة، فإن القسامة في قتيل لا يعرف قاتله، فإذا زعم الوليّ أنه يعرف القاتل منهم بعينه صار مبرئاً لهم عن القسامة وذلك صحيح منه انتهى. قلت: هذه الرواية أظهر عندي دراية، والله تعالى أعلم بالصواب قوله: **(ولأن أهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتيل بين أظهرهم إلا بدعوى الولي فإذا ادّعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط لفقد شرطه)** أقول: يشكل هذا التعليل بما إذا ادعى الوليّ على واحد من أهل المحلة بعينه فإنهم إذا لم يغرموا بمجرد ظهور القتيل بين أظهرهم إلا بدعوى الوليّ فإذا ادّعى الولي على واحد منهم بعينه دون غيره غيره لزم أن تسقط الغرامة عن غيره منهم لفقد شرط الغرامة وهو دعوى الولي عليهم فتفكر في الفرق، ولعله لا يتيسر بدون التعسف. قال العيني: واعلم أن قوله وجه الفرق إلى قوله قال وإذا التقى قوم بالسيوف لم يوجد في كثير من النسخ ولهذا لم يشرحه الشراح انتهى. قلت: وعن هذا ترى ما فيه من الوهن كما نبهت عليه آنفا في الموضعين قوله: **(وإذا التقى قوم بالسيوف فأجلوا عن قتيل فهو على أهل المحلة لأن القتيل بين أظهرهم)** أي وجد بين أظهرهم: أي بينهم. والظهر والأظهر يجيئنان مقحمين كما في قوله عليه الصلاة والسلام «لا صدقة إلا عن ظهر غنى»[1] أي صادرة عن غنى فالظهر فيه مقحم كما في ظهر القلب وظهر الغيب، وكذا في الأظهر، يقال: أقام بين أظهرهم: أي بينهم، كذا في الشروح. فإن قيل: الظاهر أن قاتله من غير أهل

العامة التي بنيت فيها فعلى بيت المال) قال في النهاية: وإنما أراد به أن يكون نائياً عن المحال، أما الأسواق التي تكون في المحال فهي محفوظة بحفظ أهل المحلة فتكون القسامة والدية على أهل المحلة، وكذا في السوق النائي إذا كان من يسكنها في الليالي أو كان لأحدهم فيها دار مملوكة تكون القسامة والدية عليه لأنه يلزمه صيانة ذلك الموضع فيوصف بالتقصير فيجب عليه موجب التقصير. وقوله: **(وقد بيناه)** يعني في مسألة: وإن مرّت دابة بين قريتين وعليها قتيل. وقوله: **(وإن وجد في وسط الفرات)** يريد به الفرات وكل نهر عظيم لعدم خصوصية الفرات بذلك، وكذلك ذكر الوسط ليس للتخصيص بل الماء ما دام جارياً بالقتيل كان حكم الشط كحكم الوسط. قالوا: هذا إذا كان موضع انبعاث الماء في دار الحرب، لأنه إذا كان كذلك فقد يكون هذا قتيل دار الشرك، وأما إذا كان موضع انبعاث الماء في دار الإسلام فتجب الدية في بيت المال لأن موضع انبعاث الماء في يد المسلمين فسواء كان قتيل مكان الانبعاث أو مكان آخر دون ذلك فهو قتيل المسلمين فتجب الدية في بيت

---

(١) تقدم.

ووجه الفرق هو أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم فتعيينه واحداً منهم لا ينافي ابتداء الأمر لأنه منهم بخلاف ما إذا عين من غيرهم لأن ذلك بيان أن القاتل ليس منهم، وهم إنما يغرمون إذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقديراً حيث لم يأخذوا على يد الظالم، ولأن أهل المحلة لا يقومون بمجرد ظهور القتيل بين أظهرهم إلا بدعوى الولي، فإذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط لفقد شرطه. قال: **(وإذا التقى قوم بالسيوف فأجلوا عن قتيل فهو على أهل المحلة)** لأن القتيل بين أظهرهم والحفظ عليهم **(إلا أن يدعي الأولياء على أولئك أو على رجل منهم بعينه فلم يكن على أهل المحلة شيء)** لأن هذه الدعوى تضمنت براءة أهل المحلة عن

المحلة وأنه من خصمائه. قلنا: قد تعذر الوقوف على قاتله حقيقة فيتعلق الحكم بالسبب الظاهر وهو وجوده قتيلاً في محلّهم، كذا في النهاية والعناية: أقول: يرد على هذا الجواب أن يقال: ما بالكم تجعلون هذا الظاهر وهو وجوده قتيلا في محلّهم موجباً لاستحقاق القسامة والدية على أهل المحلة ولا تجعلون ذاك الظاهر وهو كون قاتله خصماً من غير أهل المحلة دافعاً للقسامة والدية عن أهل المحلة، مع أن الأصل الشائع أن يكون الظاهر حجة للدفع دون الاستحقاق. فالأظهر في الجواب أن يقال: الظاهر لا يكون حجة للاستحقاق فبقى حال القتل مشكلاً، فأوجبنا القسامة والدية على أهل المحلة لورود النص بإضافة القتل إليهم عند الإشكال، فكان العمل بما ورد فيه النص، وسيأتي مثل هذا عن قريب قوله: **(وإن كان القوم لقوا قتالاً ووجد قتيل بين أظهرهم فلا قسامة ولا دية لأن الظاهر أن العدو قتله فكان هدراً)** قال في العناية: قوله لأن الظاهر أن العدوّ قتله فكان هدراً يحوج إلى ذكر الفرق بين هذه وبين المسلمين إذا اقتتلوا عصبية في محلة فأجلوا عن قتيل فإن عليهم القسامة والدية كما مر آنفاً. وقالوا في الفرق: إن القتال إذا كان بين المسلمين والمشركين في مكان في دار الإسلام ولا يدرى أن القاتل من أيهما يرجح احتمال قتل المشركين حملاً لأمر المسلمين على الصلاة في أنهم لا يتركون الكافرين في مثل ذلك الحال ويقتلون المسلمين. وأما في المسلمين من الطرفين فليس ثمة جهة الحمل على الصلاح حيث كان الفريقان مسلمين فبقي حال القتل مشكلاً فأوجبنا القسامة والدية على أهل ذلك المكان لورود النص بإضافة القتل إليهم عند الإشكال، وكان العمل بما ورد فيه النص أولى عند الاحتمال من العمل بالذي لم يكن كذلك انتهى. وقال بعض الفضلاء طعنا في المصير إلى

المال. وقوله: **(على التفسير الذي تقدم)** أراد به قوله قبل هذا محمول على ما إذا كان بحيث يبلغ أهله الصوت. وقوله: **(لم تسقط القسامة عنهم)** يعني والدية على عواقلهم. وقوله: **(وقد ذكرناه)** يعني المذكور في بعض النسخ وهو قوله ولو ادعى على البعض بأعيانهم أنه قتل وليه الخ. وقوله: **(وقد بيناه من قبل)** يريد به قوله هذا الذي ذكرنا إذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة. وقوله: **(فأجلوا عن قتيل)** أي انكشفوا عنه وانفرجوا، وقوله: **(لأن القتيل بين أظهرهم)** أي وجد بين أظهرهم يعني بينهم والظهر والأظهر يجيئان مقحمين كما في قوله ﷺ «لا صدقة إلا عن ظهر غني» أي صادرة عن غني. فإن قيل: الظاهر أن قاتله من غير أهل المحلة وأنه من خصمائه. أجيب بأنه قد تعذر الوقوف على قاتله حقيقة فيتعلق بالسبب الظاهر وهو وجوده قتيلاً في محلتهم. وقوله: **(لأن بمجرد الدعوى لا يثبت الحق)** أي الاستحقاق عند إنكار المدعى عليه للحديث الذي رويناه: أي في أوائل باب القسامة، وأوله قوله ﷺ «لو أعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم لكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر». لا يقال الظاهر أنهم قتلوه لما علمت غير مرة أن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق. وقوله: **(وإن وجد في خباء أو فسطاط)** الخباء: الخيمة من الصوف، والفسطاط: الخيمة العظيمة فكان أعظم من الخباء. وقوله: **(فعلى أقرب الأخبية)** قيل هذا إذا نزلوا قبائل متفرقين، أما إذا نزلوا مختلطين فالدية والقسامة عليهم. وقوله: **(وإن كان القوم لقوا قتالاً)** يجوز أن يكون حالاً: أي مقاتلين، ويجوز أن يكون مفعولاً مطلقاً لأن لقوا في معنى المقاتلة، وأن يكون مفعولاً له: أي للقتال. وقوله: **(لأن الظاهر أن العدوّ قتله فكان هدراً)** يحوج إلى ذكر الفرق بين هذه وبين المسلمين إذا

قوله: **(لما علمت غير مرة أن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق)** أقول: مع أن استعظام أمر الدم باق على حاله حيث يجب على أهل المحلة القسامة والدية.

القسامة. قال: **(ولا على أولئك حتى يقيموا البينة)** لأن بمجرد الدعوى لا يثبت الحق للحديث الذي رويناه، أما يسقط به الحق عن أهل المحلة لأن قوله حجة على نفسه **(ولو وجد قتيل في معسكر أقاموا بفلاة من الأرض لا ملك لأحد فيها، فإن وجد في خباء أو فسطاط فعلى من يسكنها الدية والقسامة، وإن كان خارجاً من الفسطاط فعلى أقرب الأخبية)** اعتباراً لليد عند انعدام الملك **(وإن كان القوم لقوا قتالاً ووجد قتيل بين أظهرهم فلا قسامة ولا دية)** لأن الظاهر أن العدوّ قتله فكان هدراً، وإن لم يلقوا عدوّا فعلى ما بيناه **(وإن كان للأرض مالك فالعسكر كالسكان فيجب على المالك عند أبي حنيفة)** خلافاً لأبي يوسف وقد ذكرناه. قال: **(وإذا قال المستحلف قتله فلان استحلف بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلاً غير فلان)** لأنه يريد إسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل فيحلف على ما ذكرنا، لأنه

الفرق المذكور: الفرق ظاهر، فإن الظاهر هنا حجة للدفع عن المسلمين فيصلح حجة، وثمة لو كان حجة لكان حجة للاستحقاق وذلك غير جائز فيجب على أهل المحلة انتهى. أقول: ليس هذا الفرق بتام فضلاً عن كونه ظاهراً، إذ لا نسلم أن الظاهر ثمة لو كان حجة لكان حجة للاستحقاق، بل يجوز حجة لدفع القسامة والدية عن أهل المحلة، ولا يكون حجة الاستحقاق عل المسلمين الذين اقتتلوا عصبية في ذلك المحل فيلزم أن يكون هدراً فلا بد في تمام الفرق بين المسألتين من المصير إلى ما ذكره المشايخ من البيان. ونقله صاحب العناية كما تحققته قوله:

اقتتلوا عصبية في محلة فأجلوا عن قتيل فإن عليهم القسامة والدية كما مر آنفاً. وقالوا في ذلك: إن القتال إذا كان بين المسلمين والمشركين في مكان في دار الإسلام ولا يدرى أن القاتل من أيهما يرجح احتمال قتل المشركين حملاً لأمر المسلمين على الصلاح في أنهم لا يتركون الكافرين في مثل ذلك الحال ويقتلون المسلمين. وأما في المسلمين من الطرفين فليس ثمة جهة الحمل على الصلاح حيث كان الفريقان مسلمين فبقي حال القتل مشكلاً فأوجبنا القسامة والدية على أهل ذلك المكان لورود النص بإضافة القتل إليهم عند الإشكال فكان العمل بما ورد فيه النص أولى عند الاحتمال من العمل بالذي لم يكن كذلك. وقوله: **(وإن لم يلقوا عدواً فعلى ما بيناه)** إشارة إلى قوله ولو وجد قتيل في معسكر أقاموا الخ. وقوله: **(وقد ذكرناه)** إشارة إلى ما ذكر عند قوله ولا يدخل السكان مع الملاك في القسامة عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قول محمد. وقال أبو يوسف: هو عليهم جميعاً. وقوله: **(وإذا قال المستحلف قتله فلان استحلف بالله)** يعني لا نسقط اليمين عنه بقوله قتله فلان، غاية ما في الباب أنه استثنى عن يمينه حيث قال قتله فلان، وهذا لا ينافي أن يكون المقرّ شريكه في القتل وأن يكون غيره شريكاً معه، وإذا كان كذلك يحلف على أنه ما قتله ولا عرف له قاتلاً غير فلان. قال: **(وإذا شهد اثنان من أهل المحلة الخ)** إذا ادعى الولي على رجل من غير أهل المحلة وشهد اثنان من أهل المحلة عليه أنه قتله قال أبو حنيفة رحمه الله: لم تقبل شهادتهما، وقالا: تقبل لأنهم كانوا بعرضية أن يصيروا خصماء وقد بطلت بدعوى الولي القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم، كالوكيل بالخصومة إذا عزل قبل الخصومة. ولأبي حنيفة رحمه الله أنهم جعلوا خصماء تقديراً للتقصير الصادر منهم، وإن خرجوا من جملة الخصوم فلا تقبل شهادتهم، كالوصيّ إذا خرج من الوصاية بعد ما قبلها إما ببلوغ الغلام أو بعزل

قال المصنف: **(وإن كان القوم لقوا قتالاً)** أقول: قال صاحب النهاية: انتصاب قتالاً يحتمل أن يكون على الحال: أي المقاتلين، وأن يكون على المفعول به كما في قوله بعده وإن لم يلقوا عدواً، وأن يكون على المفعول له: أي للقتال انتهى. والمفعول به محذوف: أي لقوا العدو قوله: **(وقوله لأن الظاهر أنّ العدو قتله الخ)** أقول: الفرق ظاهر، فإن الظاهر هنا حجة للدفع عن المسلمين فيصلح حجة، وثمة لو كان حجة لكان حجة للاستحقاق وذلك غير جائز فيجب على أهل المحلة للنص قوله: **(وأما في المسلمين من الطرفين، إلى قوله: فبقي حال القتل مشكلاً)** أقول: وذلك أن تقول: العداوة ترفع الإشكال فلا يلزم من انتفاء جهة الحمل على الصلاح كون حال القتل مشكلاً، ولو صح ما ذكره لكان الأمر كذلك إذا كانت إحدى الطائفتين الخوارج قال المصنف: **(وإن كان للأرض مالك فالعسكر كالسكان)** أقول: قال الزيلعي: وإن كان للأرض مالك يجب على المالك بالإجماع لأنهم سكان فلا يزاحمون المالك في القسامة والدية، وهذا عندهما ظاهر، والفرق لأبي يوسف بينه وبين المحلة والدار أن العسكر نزلوا فيه للانتقال والارتحال لا للقرار فلا يعتبر إلا للضرورة، بخلاف الدار والمحلة فإنهم يسكنون فيه للقرار فلا بد من اعتباره انتهى. ولا يخفى عليك مخالفته لما نص عليه المصنف من خلاف أبي يوسف.

لما أقرّ بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليمين فبقي حكم من سواه فيحلف عليه. قال: **(وإذا شهد اثنان من أهل المحلة على رجل من غيرهم أنه قتل لم تقبل شهادتهما)** وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: تقبل لأنهم كانوا بعرضية أن يصيروا خصماء وقد بطلت العرضية بدعوى الولي القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة إذا عزل قبل الخصومة. وله أنهم خصماء بإنزالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم وإن خرجوا من جملة الخصوم كالوصي إذا خرج من الوصاية بعد ما قبلها ثم شهد. قال رضي الله عنه: وعلى هذين الأصلين يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس. قال: **(ولو ادعى على واحد من أهل المحلة بعينه فشهد شاهدان من أهلها عليه لم تقبل الشهادة)** لأن الخصومة قائمة مع الكل على ما بيناه والشاهد يقطعها عن نفسه فكان متهماً. وعن أبي يوسف أن

(ولو وجد رجل قتيلاً في دار نفسه فديته على عاقلته لورثته عنه أبي حنيفة) قال صاحب العناية: اعلم أن المصنف قال فديته على عاقلته لورثته عند أبي حنيفة، ثم قال في دليله وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم، وفيه تناقض ظاهر ومخالفة بين الدليل والمدلول. ودفع ذلك بأن يقال: عاقلة الميت إما أن تكون عاقلة الورثة أو غيرهم، فإن كان الأول كان الدية على عاقلة الميت وهم عاقلة الورثة فلا تنافي بينهم. وإن كان الثاني كان الدية على عاقلة الورثة، ولما كان كل منهما ممكناً أشار إلى الأول في حكم المسألة وإلى الثاني في دليلها. وعلى التقدير الثاني يقدر في قوله فالدية على عاقلته مضاف: أي على عاقلة ورثته، إلى هنا كلامه. أقول: ما ذكره في الدفع كلام مشوش خال عن التحصيل سيما قوله وعلى التقدير الثاني يقدر في قوله فالدية على عاقلته مضاف: أي على عاقلة ورثته، فإن حكم المسألة المذكورة وهو وجوب الدية على العاقلة عند أبي حنيفة يعم الصورتين قطعا: أي صورة إن

القاضي. وقوله: **(وعلى هذين الأصلين)** يعني الأصلين المجمع عليهما أحدهما أن كل من انتصب خصماً في حادثة ثم خرج من كونه خصماً لم تقبل شهادته في تلك الحادثة بالإجماع، كالوكيل إذا خاصم ثم عزل، والثاني إذا كانت لرجل عرضية أن يصير خصماً ثم بطلت تلك العرضية فشهد قبلت شهادته بالإجماع. وأبو حنيفة رحمه الله جعل ما نحن فيه من الأصل الأول لأنهم صاروا خصماء في هذه الحادثة لوجود القتيل بين أظهرهم فإنه السبب الموجب للقسامة والدية. قال عمر: وأنا أغرمكم الدية لوجود القتيل بين أظهركم، وبدعوى الولي القتل على غير أهل المحلة لا يتبين أن هذا السبب لم يكن ولكن خرجوا بذلك عن كونهم خصماء وهما جعلاه من الأصل الثاني لأنهم إنما يكونون خصماء لو ادعى الولي القتل عليهم، فإذا ادعى على غيرهم زالت العرضية فتقبل شهادتهم. وقوله: **(يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس)**. أما على الأصل الأول فمسألة الوكيل إذا خاصم في مجلس الحكم ثم عزل كما مرّ والوصي في حقوق اليتيم خاصم أو لم يخاصم كما مر. وأما على الأصل الثاني فمسألة الشفيعين إذا شهدا على المشتري بالشراء وهما لا يطلبان الشفعة تقبل شهادتهما لأنهما بعرضية أن يصيرا خصمين بطلب الشفعة وقد بطلت بتركها. وقوله: **(ولو ادّعى)** ظاهر. وقوله: **(على ما بيناه)** إشارة إلى ما ذكر من مسألة وإن ادعى الولي على واحد من أهل المحلة في بيان الفرق بقوله وهو أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم فتعيينه واحداً منهم لا ينافي ابتداء الأمر. وقوله: **(ومن جرح في قبيلة)** يعني ولم يعلم الجارح، لأنه لو علم سقط القسامة، بل فيه القصاص على الجارح إن كان عمداً والدية على العاقلة إذا كان خطأ، فإذا لم يعلم الجارح فإما أن يصير صاحب فراش حين جرح أو يكون صحيحاً حينئذٍ بحيث يجيء ويذهب، فإن كان الثاني فلا ضمان فيه بالاتفاق، وإن كان الأول ففيه القسامة والدية على القبيلة عند أبي حنيفة رحمه الله، وعند أبي يوسف لا شيء عليه وهو مذهب ابن أبي ليلى. ووجه قول أبي يوسف ظاهر، ووجه قول أبي حنيفة أن الجرح إذا اتصل به الموت صار قتلاً ولهذا وجب القصاص، واعترض عليه بأنه لو كان كذلك لما افترق الحكم بين صيرورته صاحب فراش وعدم صيرورته كذلك كما لا يفترق في حق القصاص، فإنه إذا لم يكن وقت الجرح صاحب فراش ثم سرى فمات وجب القصاص، وأجيب بأن القسامة والدية، ردتا في قتيل في محلة لم يعلم له

قال المصنف: **(لأنه لما أقر بالقتل على واحد)** أقول: إقرار القتل هنا على التجوز كما لا يخفى.

الشهود يحلفون بالله ما قتلناه ولا يزدادون على ذلك لأنهم أخبروا أنهم عرفوا القاتل. قال: **(ومن جرح في قبيلة فنقل إلى أهله فمات من تلك الجراحة، فإن كان صاحب فراش حتى مات فالقسامة والدية على القبيلة، وهذا قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: لا قسامة ولا دية)** لأن الذي حصل في القبيلة والمحلة ما دون النفس ولا قسامة فيه، فصار كما إذا لم يكن صاحب فراش. وله أن الجرح إذا اتصل به الموت صار قتلاً ولهذا وجب القصاص، فإن كان صاحب فراش أضيف إليه، وإن لم يكن احتمل أن يكون الموت من غير الجرح فلا يلزم بالشك **(ولو أن رجلاً معه جريح به رمق حمله إنسان إلى أهله فمكث يوماً أو يومين ثم مات لم يضمن الذي حمله إلى أهله في قول أبي يوسف وفي قياس قول أبي حنيفة يضمن)** لأن يده بمنزلة المحلة فوجوده جريحاً في يده كوجوده فيها، وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبله من مسألة القبيلة **(ولو وجد رجل قتيلاً في دار نفسه فديته على عاقلته لورثته عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد وزفر لا شيء فيه)** لأن الدار في يده حين وجد الجريح فيجعل كأنه قتل نفسه فيكون هدراً.

كان عاقلة الميت عاقلة الورثة. وصورة إن كان عاقلة الميت غير عاقلة الورثة، فما معنى تخصيص حكمها بالصورة الأولى بمجرد الإشارة إلى إمكانها؟ ثم إن تقدير المضاف وعدم تقديره متناقضان لا يمكن اجتماعهما في محل واحد حتى يقدر المضاف في قول المصنف فالدية على عاقلته على التقدير الثاني ولم يقدر على التقدير الأول كما يشعر به قوله وعلى التقدير الثاني يقدر في قوله فالدية على عاقلته مضاف: أي على عاقلة ورثته، فالوجه في الدفع أن يقال: المضاف مقدر البتة في قوله فالدية على عاقلته: أي على عاقلة ورثته فيوافق الدليل ويتناول الصورتين معاً. أما تناوله

قاتل بالنص على خلاف القياس فيراعى ذلك بقدر الإمكان، والمجروح في محلة لم يعلم جارحه إذا صار صاحب فراش قتيل شرعاً لأنه صار مريضاً مرض الموت وحكمه حكم الميت في التصرفات فجعل كأنه مات حين جرح فوجبت الدية والقسامة. وأما إذا كان صحيحاً يذهب ويجيء فهو في حكم التصرفات لم يجعل كالميت من حيث جرح، فكذلك في الدية والقسامة. وقوله: **(ولو أن رجلاً معه جريح الخ)** حكمه ظاهر من مسألة من جرح في قبيلة فنقل إلى أهله ولهذا قال في آخره: وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبله في مسألة القبيلة. وقوله: **(ولو وجد رجل قتيلاً في دار نفسه)** اعلم أن المصنف رحمه الله قال: فديته على عاقلته لورثته عند أبي حنيفة رحمه الله. ثم قال في دليله: وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم، وفيه تناقض ظاهر ومخالفة وبين الدليل والمدلول، ودفع ذلك بأن يقال عاقلة الميت إما أن تكون عاقلة الورثة أو غيرهم، فإن كان الأول كانت الدية على عاقلة الميت وهم عاقلة الورثة فلا تنافي بينهم، وإن كان الثاني كانت الدية على عاقلة الورثة، ولما كان كل منهما ممكناً أشار إلى الأول في حكم المسألة وإلى الثاني في دليلهما. وعلى التقدير الثاني يقدر في قوله فالدية على عاقلته مضاف: أي على عاقلة ورثته، وما ذكر في الكتاب من وجه المسألة للجانبين ظاهر، واعترض على وجه أبي حنيفة رحمه الله بأن الدية إذا وجبت على عاقلة الورثة فإنما وجبت للورثة فكيف يستقيم أن يعقلوا عنهم لهم. وأجيب بأنها تجب للمقتول حتى تقضى منها دونه وتنفذ وصاياه ثم يخلفه الوراث فيه، وهو نظير الصبي والمعتوه إذا قتل أباه تجب الدية على عاقلته وتكون ميراثاً له. ثم اعلم بأنه صنع مثل ذلك في ذكره الدية في الحكم والقسامة، في دليل أبي حنيفة رحمه الله إشارة إلى أن القسامة واجبة عليهم وجوب الدية وهو اختيار بعض المشايخ، فإن القسامة لم تذكر في الأصل. واختلف المشايخ في وجوبها على العاقلة على قول أبي حنيفة، فمنهم من قال: لا تجب لأنها تختص بمن يعلمه بحال القتيل وليس ها هنا من يعلم فلا تلزم القسامة، ومنهم من قال: تجب لجواز أن يكون جماعة اتفقوا على قتله فقتلوه في داره فيكون ثمة من يعلم بحاله، واختاره المصنف واكتفى بذكرها في الدليل عن ذكر الدية لأن وجوبها يستلزم وجوب الدية، وما ألطفه خبراً بلّ الله ثراه: ولما استشعر ورود مسألة المكاتب إذا وجد قتيلاً في داره كالنقض على ما ذكر أشار إلى الجواب بقوله لأن حال ظهوره الخ: يعني إنما صار دم المكاتب هدراً لأن حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه لأن الكتابة لا تنفسخ إذا مات عن وفاء

قال المصنف: **(ولو وجد رجل قتيلاً في دار نفسه فديته على عاقلته)** أقول: أي على عاقلة ورثته على تقدير المضاف، وإنما قال هكذا بناء على الظاهر من اتحاد عاقلة الورثة مع عاقلة القتيل، حتى لو اختلفت العواقل تكون على عاقلة الورثة كما صرح به المصنف في تقرير الدليل.

وله ان القسامة إنما تجب بناء على ظهور القتل، ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك، وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم، بخلاف المكاتب إذا وجد قتيلاً في دار نفسه لأن حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه فيصير كأنه قتل نفسه فيهدر دمه **(ولو أن رجلين كانا في بيت وليس معهما ثالث فوجد أحدهما مذبوحاً، قال أبو يوسف: يضمن الآخر الدية، وقال محمد: لا يضمنه)** لأنه يحتمل أنه قتل نفسه فكان التوهم. ويحتمل أنه قتله الآخر فلا يضمنه بالشك. ولأبي يوسف أن الظاهر أن الإنسان لا يقتل نفسه فكان التوهم ساقطاً كما إذا وجد

الصورة الثانية وهي إن كان عاقلة الميت غير عاقلة الورثة فظاهر، وأما تناوله الصورة الأولى وهي إن كان عاقلة الميت عين عاقلة الورثة فلأن عاقلته وعاقلتهم إذ اتحدتا يصح نسبتهم إلى الورثة كما يصح نسبتهم إلى الميت، بل تكون نسبتهم إلى الوراثة أولى ها هنا لأن الدار لما كانت حال ظهور القتل للورثة لا للميت وكان وجوب القسامة والدية بناء على ظهور القتل كما ذكره المصنف في الدليل كانت الدية على عاقلة الورثة لا على عاقلة الميت. وقال صاحب النهاية في شرح قول المصنف فديته على عاقلته لورثته: أي على عاقلة ورثته لورثته لأنه لما وجد قتيلاً في الدار المملوكة لورثته لا له لأنه ميت والميت ليس من أهل الملك كانت الدية عليهم، وإنما قال الدية على عاقلته بناء على الظاهر، وهو أن عاقلة الوارث والمورث متحدة، وإن كان في موضع تختلف العاقلة ينبغي على قياس هذه الطريقة وهي أن الدار مملوكة للورثة لا للميت أن تكون الدية على عاقلة الورثة وهي الأصح، وعلى قياس طريقة أن غيره لو وجد قتيلاً فيها كانت القسامة عليه دون عاقلته يجب أن تكون الدية على عاقلة القتيل، كذا في المبسوط انتهى. أقول: لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن هذا أولى مما ذكره صاحب العناية، إلا أن في تقريره أيضاً شيئاً من الركاكة، فالأرجح ما قررناه من قبل تأمل ترشد قوله: **(وله أن القسامة إنما تجب بناء على ظهور القتل ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك، وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم)** اعترض عليه بأن الدية إذا وجبت على عاقلة الورثة فإنما وجبت للورثة فكيف يستقيم أن يعقلوا عنهم لهم. وأجيب بأنها تجب للمقتول حتى تقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه ثم يخلفه الوراث فيه وهو نظير الصبيّ والمعتوه إذا قتل أباه تجب الدية على عاقلته وتكون ميراثاً له كذا في العناية وعليه أكثر الشراح. يرد على ظاهر هذا الجواب أنه ينافي ما ذكر في وضع جواب المسألة، فإن المذكور فيه فديته على عاقلته لورثته عند أبي حنيفة، ومقتضى جواب الاعتراض أن تكون ديته له لا لورثته. ويمكن دفعه بأن المراد بالمذكور في وضع جواب المسألة أن دية المقتول على عاقلته لورثته في ثاني الحال: أي تصير لهم بالخلافة عن المقتول بعد أن كانت له أولاً، ومثل هذا التسامح في العبارة ليس بعزيز في كلمات الثقات. ثم أقول: بقي هنا إشكال قويّ، وهو أنه قد مرّ أن دعوى ولي القتيل شرط لوجوب القسامة والدية وولي القتيل فيما نحن فيه هو الورثة فلا بد من دعواهم، فيلزم أن تكون دعواهم على أنفسهم لأن الدار كانت لهم حال ظهور القتل، ولا يخفى ما فيه. ويمكن دفعه أيضاً بتمحل فليتأمل. وأجاب صاحب الغاية عن أصل الاعتراض بوجه آخر حيث قال: قلت العاقلة أعم من أن تكون ورثة أو غير ورثة، فما وجب على غير الورثة من العاقلة يجب للورثة منهم انتهى. أقول: ليس هذا بشيء. أما أوّلاً فلأن الدية اسم لمجموع ما قدره الشرع من الأنواع المخصوصة من المال كما تقرر في أوّل الديات، وبعض ذلك لا يسمى دية كما صرحوا به، فلو كان ما يجب للورثة من العاقلة ما وجب على غير الورثة منهم فقط لما تم جواب هذه المسألة وهو قوله فديته على عاقلته لورثته، لأن دية المقتول مجموع ما يجب على العاقلة كلهم لا ما يجب على بعض منهم. وأما ثانياً فلأن المحذور المذكور في الاعتراض

بل يقضى به ما عليه، وإذا كان الدار على حكم ملك نفسه جعل قتيل نفسه، ومن قتل نفسه كان دمه هدراً، بخلاف الحرّ فإنه حال ظهور قتله لم تكن الدار على حكم ملكه لعدم قابلية الميت للملك، وإنما انتقل إلى ورثته فكان كقتيل وجد في دار غيره ولم يعلم له قاتل فتجب فيه القسامة والدية. وقوله: **(ولو أن رجلين كانا في بيت)** ظاهر. وقوله: **(كما إذا وجد قتيل في**

قتيل في محلة **(ولو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند أبي حنيفة ومحمد عليها القسامة تكرر عليها الأيمان، والدية على عاقلتها أقرب القبائل إليها في النسب. وقال: أبو يوسف: على العاقلة أيضاً)** لأن القسامة إنما تجب على من كان من أهل النصرة والمرأة ليست من أهلها فأشبهت الصبي. ولهما أن القسامة لنفي التهمة وتهمة القتل من المرأة متحققة. قال المتأخرون: إن المرأة تدخل مع العاقلة في التحلم في هذه المسألة لأنا أنزلناها قاتلة والقاتل يشارك العاقلة **(ولو وجد رجل قتيلاً في أرض رجل إلى جانب قرية ليس صاحب الأرض من أهلها. قال: هو على صاحب الأرض)** لأنه أحق بنصرة أرضه من أهل القرية.

المزبور إنما هو أن يكون الذين عقلوا عنهم هم الذين عقلوا لهم وهم الورثة كما ينادى عليه قول المعترض فكيف يستقيم أن يعقلوا عنهم لهم، لا أن يكون من وجبت الدية عليهم عين من وجبت لهم حتى يقال إن من وجبت الدية عليهم غير الورثة ومن وجبت لهم هم الورثة فلا اتحاد. على أن العاقلة إذا كانت أعم من أن تكون ورثة أو غير ورثة كما صرح به ذلك المجيب تكون الورثة أيضاً ممن وجبت عليه الدية، لأن الدية إنما تجب على العاقلة كلهم لا على بعض منهم فيلزم اتحاد من وجبت الدية عليهم. ومن وجبت لهم بالنظر إلى الورثة لا محالة فلا يصح الجواب المزبور على كل حال كما لا يخفى.

محلة) يعني أن توهم قتل نفسه فيه موجود ولم يعتبر فكذلك ها هنا. وقوله: **(قال المتأخرون)** أي من مشايخنا رحمهم الله **(إن المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسألة)** يشير إلى أنها لا تدخل في غير هذه الصورة على ما يجيء في المعاقل إن شاء الله تعالى وإنما دخلت في هذه الصورة لأنها نزلت قاتلة تقديراً حيث دخلت في القسامة، فكما دخلت فيها دخلت في العقل أيضاً، بخلاف غيرها من الصور فإنها لا تدخل فيه في القسامة بل تجب على الرجال فلا تدخل في العقل أيضاً. وقوله: **(لأنه أحق بنصرة أرضه)** لأن الحفظ والتدبير في الأرض إلى صاحب الأرض لا إلى أهل القرية، والله سبحانه وتعالى أعلم.

قال المصنف: **(وتهمة القتل من المرأة متحققة)** أقول: مخالف لما مر في بيان قوله ولا قسامة على المرأة، وأشار الأكمل إلى جوابه في الدرس الثاني من المعاقل.

كتاب المعاقل

المعاقل جمع معقلة، وهي الدية، وتسمى الدية عقلاً لأنها تعقل الدماء من أن تسفك: أي تمسك. قال: **(والدية في شبه العمد والخطإ، وكل دية تجب بنفس القتل على العاقلة، والعاقلة الذي يعقلون)** يعني يؤدون العقل وهو الدية، وقد ذكرناه في الديات، والأصل في وجوبها على العاقلة قوله عليه الصلاة والسلام في حديث حمل بن

كتاب المعاقل

أقول: هكذا وقع العنوان في عامة المعتبرات، لكن كان ينبغي أن يذكر العواقل بدل المعاقل، لأن المعاقل جمع المعقلة وهي الدية كما صرح به المصنف وغيره فيصير المعنى كتاب الديات، وهذا مع كونه مؤدياً إلى التكرار ليس بتام في نفسه، لأن بيان أقسام الديات وأحكامها قد مرّ مستوفى في كتاب الديات، وإنما المقصود بالبيان ها هنا بيان من تجب عليهم الدية بتفاصيل أنواعهم وأحكامهم وهم العاقلة، فالمناسب في العنوان ذكر العواقل لأنها جمع العاقلة، قال صاحب العناية: لما كان موجب القتل الخطأ وما في معناه الدية على العاقلة لم يكن بد من معرفتها ومعرفة أحكامها فذكرها في هذا الكتاب انتهى. واقتفى أثره صاحب العناية أقول: ليس ذلك بسديد، لأن مداره أن يكون المقصود بالذات في هذا الفصل معرفة الديات نفسها ومعرفة أحكامها، وليس كذلك فإن محلها كتاب الديات واستوفيت هناك على التفصيل، وإنما المقصود بالذات هنا معرفة العواقل وأحكامها وذكر الدية على سبيل الاستطراد، ولولا ذلك لما ذكر الكتاب هنا بل كان ينبغي أن يذكر الباب أو الفصل لكون المذكور هنا إذ ذاك شعبة من الديات، بخلاف العواقل فإنها أمر مغاير للديات ذاتاً وحكماً فكانت محلاً لذكر الكتاب، وكأن ذينك الشارحين إنما اغترا بذكر المعاقل في عنوان هذا الكتاب بدل العواقل كما فصلناه آنفاً، والوجه السديد هنا ما ذكره صاحب معراج الدراية حيث قال: لما بين أحكام القتل الخطإ وتوابعه شرع في بيان من يجب عليه الدية، إذ لا بد من معرفتها انتهى قوله: **(والدية في شبه العمد والخطأ وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة)** قال جمهور الشراح: قوله وكل دية مبتدأ وقوله على العاقلة خبره. أقول: فيه خلل، إذ لو كان الأمر كما قالوه لكان قوله وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة كلاماً مستأنفاً مستقلاً وكان ما قبله وهو قوله والدية في شبه العمد والخطأ كلاماً تاماً مستقلاً أيضاً فيلزم أن يكون قوله والدية مبتدأ، وقوله في شبه العمد والخطإ خبره فيصير المعنى والدية كائنة أو واجبة في شبه العمد والخطإ، وهذا مع استلزامه أن يكون قوله والدية في شبه العمد والخطأ مستدركاً لا طائل تحته ها هنا، إذ كون الدية واجبة في شبه العمد والخطإ، وقد ذكر مفصلاً في أول كتاب الجنايات وكتاب الديات، وليس له تعلق بكتاب المعاقل يفوت به المعنى المقصود ها هنا وهو بيان كون الدية في شبه العمد والخطأ على العاقلة، إذ بهذه

كتاب المعاقل

لما كان موجب القتل الخطإ وما في معناه الدية على العاقلة لم يكن من معرفتها بد، فذكرها وأحكامها في هذا الكتاب.
وقال: **(المعاقل جمع معقلة)** بفتح الميم وضم القاف وبين معناها. وقوله: **(وكل دية)** مبتدأ. وقوله: **(على العاقلة)** خبره.
وقوله: **(وجبت بنفس القتل)** يعني ابتداء، فإن ما يجب منها بسبب الصلح أو الأبوّة فهي في مال القاتل لا على العاقلة.
وقوله: **(وقد ذكرناه)** يعني الدية بتأويل العقل. وقوله: **(وكذا الذي تولى شبه العمد)** وهو الذي ضربه بالسوط الصغير حتى

كتاب المعاقل

أقول: كان الأولى أن يقال: كتاب العواقل، لأن المعاقل جمع معقلة وهي الدية كما قال هو، فكأنه قال: كتاب الديات فصار تكراراً، والعواقل جمع عاقلة، وهو من يتحمل الدية، وهذا هو المناسب هنا كما لا يخفى قوله: **(وهو الذي ضربه بالسوط الصغير)** أقول: وفيه بحث.

مالك رضي الله عنه للأولياء «قوموا فدوه»[١] ولأن النفس محترمة لا وجه إلى الإهدار والخاطىء معذور، وكذا الذي تولى شبه العمد نظراً إلى الآلة فلا وجه إلى إيجاب العقوبة عليه، وفي إيجاب مال عظيم إجحافه واستئصاله فيصير عقوبة فضم إليه العاقلة تحقيقاً للتخفيف، وإنما خصوا بالضم لأنه إنما قصر لقوة فيه وتلك بأنصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا به. قال: **(والعاقلة أهل الديوان إن كان القاتل من أهل الديوان يأخذ من عطاياهم في ثلاث سنين)** وأهل الديوان أهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت أساميهم في الديوان وهذا عندنا. وقال الشافعي: الدية على أهل العشيرة لأنه كان كذلك على عهد رسول الله عليه الصلاة والسلام[٢] ولا نسخ بعده ولأنه صلة والأولى بها الأقارب. ولنا قضية عمر رضي الله عنه فإنه لما دون الدواوين جعل العقل على أهل الديوان وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير منهم[٣] وليس ذلك بنسخ بل هوتقرير معنى لأن العقل كان على أهل النصرة وقد كانت بأنواع: بالقرابة والحلف والولاء والعد. وفي عهد عمر رضي الله عنه قد صارت بالديوان فجعلها على أهله اتباعاً للمعنى ولهذا قالوا: لو كان اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم أهل الحرفة، وإن كان بالحلف فأهله والدية صلة كما قال، لكن إيجابها فيما هو صلة وهو العطاء أولى منه في أصول أموالهم، والتقدير بثلاث سنين مروى عن النبي عليه الصلاة والسلام[٤] ومحكى عن عمر رضي الله عنه ولأن الأخذ من العطاء

الحيثية تصير هذه المسألة من مسائل كتاب المعاقل. والحق الصريح عندي أن قوله والدية مبتدأ وقوله في شبه العمد والخطأ صفته: أي الدية الكائنة أو الواجبة في شبه العمد والخطإ، وقوله وكل دية وجبت بنفس القتل عطف على قوله والدية في شبه العمد والخطإ، وقوله على العاقلة خبر المبتدإ وهو قوله والدية فيصير الحكم بكونها على العاقلة منسحباً على المعطوف والمعطوف عليه جميعاً فلا يلزم المحذور أصلاً ويحصل المعنى المقصود هنا بلا ريب قوله: **(ولأن الأخذ من العطاء للتخفيف، والعطاء يخرج في كل سنة مرة)** أقول: في تمام هذا التعليل كلام، لأنه يجوز أن يكون العطاء الخارج في سنة واحدة أو في سنتين وافياً بتمام الدية لكثرة آحاد العاقلة، فيمكن أخذها بالتمام من العطاء الخارج في سنة أو سنتين، فلا يفيد هذا التعليل المزبور المدعي وهو التقدير بثلاث سنين. وأيضا يجوز أن لا تكون العطايا الخارجة في ثلاث سنين وافية بتمام الدية لقلة آحاد العاقلة، فلا بد أن تؤخذ إذ ذاك من العطايا

قتله، وقوله: **(وفي إيجاب مال إجحافه)** فسر الإجحاف بقوله واستئصاله. وقوله: **(إنما قصر)** يعني أن القاتل إنما قصر حالة الرمي في التثبت والتوقف. وقوله: **(وتلك)** أي القوّة. وقوله: **(كتبت أساميهم في الديوان)** الديوان: الجريدة، من دوّن الكتب إذا جمعها لأنها قطع من القراطيس مجموعة. ويروى أن عمر رضي الله عنه أول من دوّن الدواوين: أي رتب الجرائد للولاة والقضاة، ويقال فلان من أهل الديوان: أي ممن أثبت اسمه في الجريدة. وقوله: **(من عطاياهم)** العطاء اسم ما يعطى والجمع أعطيه، والعطايا جمع عطية وهو بمعنى العطاء، وقوله: **(وذلك ليس بنسخ بل هو تقرير معنى)** جواب عن قول الشافعي رحمه الله ولا نسخ بعده. وقوله: **(بالحلف)** الحلف بكسر الحاء: العهد بين القوم ومنه قولهم تحالفوا على التناصر والمراد به ولاء الموالاة. وقوله: **(والولاء)** أي ولاء العتاقة. وقوله: **(والعدّ)** هو من العديد وهو أن يعد فيهم يقال فلان عديد بني فلان إذا عد فيهم. وقوله: **(فإن خرجت العطايا في أكثر من ثلاث)** أي ثلاث سنين أو أقل مثل أن تخرج عطاياهم الثلاث

---

(١) تقدم في الجنين وهو حديث حسن وتقدم أيضاً أحاديث في العاقلة أقوى منه، وأحسن مناسبة.

(٢) قال الزيلعي في نصب الراية ٣٩٨/٤: أخرج ابن أبي شيبة عن ابن عباس قال: «كتب رسول الله ﷺ كتاباً بين المهاجرين والأنصار أن يعقلوا معاقلهم، وأن يفدوا عانيهم بالمعروف» وأخرج عن الشعبي قوله: «جعل رسول الله ﷺ عقل قريش على قريش، وعقل الأنصار على الأنصار» اهـ.
قلت: وهذا مرسل لأن الشعبي تابعي، وأما حديث ابن عباس، ففيه حجاج بن أرطاة، وهو غير قوي.

(٣) أثر عمر قوي. أخرجه ابن أبي شيبة في كتاب الأوائل من مصنفه كما في نصب الراية ٣٩٨/٤ بسنده عن جابر وأخرج بسنده عن إبراهيم نحوه، وكذا عن الشعبي وكذا عن الحكم الثلاثة: أن عمر أول من جعل الدية عشرة عشرة في أعطيات المقاتلة دون الناس. وانظر البيهقي ١٠٨/٨
قلت: وخبر أول من دون الدواوين مشهور عن عمر.

(٤) لا أصل له مرفوعاً. والصواب كونه عن عمر وهو الآتي.

للتخفيف والعطاء يخرج في كل سنة مرة **(فإن خرجت العطايا في أكثر من ثلاث سنين أو أقل أخذ منها)** لحصول المقصود وتأويله إذا كانت العطايا للسنين المستقبلة بعد القضاء، حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لأن الوجوب بالقضاء على ما نبين إن شاء الله تعالى، ولو خرج للقاتل ثلاث عطايا في سنة واحدة معناه في المستقبل يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا، وإذا كان جميع الدية في ثلاث سنين فكل ثلث منها في سنة، وإن كان الواجب بالعقل ثلث دية النفس أو أقل كان فى سنة واحدة وما زاد على الثلث إلى تمام

الخارجة في أكثر من ثلاث سنين، فلا يفيد التعليل المذكور المدعي من هذه الحيثية أيضاً كما ترى. نعم يفيد التأجيل مطلقا لكن المدعي هنا هو التأجيل بثلاث سنين لا التأجيل مطلقاً قوله: **(فإن خرجت العطايا في أكثر من ثلاث سنين أو أقل أخذ منها لحصول المقصود)** أقول: فيه بحث، وهو أن القياس كان يأبى إيجاب المال بمقابلة النفس المحترمة لعدم المماثلة بينهما، إلا أن الشرع ورد بذلك كما صرحوا به، والشرع إنما ورد بإيجابه مؤجلاً بثلاث سنين، فإنه هو المروى عن النبي ﷺ وهو المحكى عن عمر رضي الله تعالى عنه[1] كما مر آنفاً، فينبغي أن يختص التأجيل بثلاث سنين، إذ قد تقرر عندهم أن الشرع الوارد على خلاف القياس يختص بما ورد به، وسيجيء نظير هذا في الكتاب في تعليل أن ما وجب على القاتل في ماله كما إذا قتل الأب ابنه عمداً ليس بحالّ عندنا بل مؤجل بثلاث سنين فتأمل هل يمكن دفعه؟ قوله: **(ولو خرج للقاتل ثلاث عطايا في سنة واحدة)** قال صاحب معراج الدراية: وفي بعض النسخ: ولو خرج للقابل: أي للعام القابل وهو الأصح انتهى. وتبعه الشارح العيني. أقول: كيف يكون ذاك هو الأصح، وحينئذٍ يلزم أن يكون قول المصنف معناه في المستقبل لغواً محضاً، لأن ما يخرج للعام القابل: أي المقبل لا يكون إلا في المستقبل قطعاً، فما معنى تفسير المراد بقوله معناه في المستقبل اللهم إلا أن يفرق بين خروج في العام القابل وبين خروج للعام القابل ويدعي إمكان كون الخروج للعام القابل في الماضي بأن خرج العطاء في الماضي للعام القابل: أي لأجل العام القابل بطريق تعجيل إعطاء عطية العام الآتي أيضاً لمصلحة لكنه تعسف لا يخفى. نعم في النسخة الأولى أيضاً كلام، وهو أنه قال في جواب هذه المسألة يؤخذ منها

في ست سنين يؤخذ منهم في كل سنة سدس الدية، وإن خرجت عطاياهم الثلاث في سنة واحدة أخذ منهم الدية فيها. وقوله: **(لحصول المقصود)** يعني أن المقصود أن يكون المأخوذ منهم من الأعطية، وذلك يحصل بالأخذ من عطاياهم سواء كانت في أكثر من ثلاث سنين أو في أقل منها. وقوله: **(وتأويله)** أي تأويل كلام القدوري رحمه الله، فإنه أطلق ذكر السنين، وإنما يؤخذ منهم في ثلاث سنين بعد القضاء فيكون المراد ثلاث سنين في المستقبل فلا بد من التأويل. وقوله: **(لما ذكرنا)** إشارة إلى قوله لأن الوجوب بالقضاء. وقوله: **(وإذا كان جميع الدية)** واضح. وقوله: **(ولنا أن القياس يأباه)** أي القياس يأبى إيجاب المال بمقابلة النفس: يعني لا يقتضيه لأن القياس من حجج الشرع وهي لا تتناقض، والشرع ورد به: أي بإيجاب المال مؤجلاً في الخطإ فلا يتعداه. فإن قيل: هذا ليس في معنى الخطإ فلا يلحق به. قلنا: هو في معناه من حيث كونه مالاً وجب بالقتل ابتداء، والمساواة من جميع الوجوه غير ملتزمة، وكون التأجيل للتخفيف حكمة لا يترتب الحكم عليها. وقوله: **(لأن الواجب الأصلين المثل)** لأن ضمان المتلفات إنما يكون بالمثل بالنفس ومثل بالنص النفس، إلا أنه إذا رفع إلى القاضي

قوله: **(وقوله لما ذكرنا إشارة إلى قوله لأن الوجوب بالقضاء)** أقول: ولعل الأظهر أن يكون إشارة إلى قوله لحصول المقصودة.

---

(١) موقوف جيد. أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه كما في نصب الراية ٤/ ٣٣٤ بسنده عن الشعبي، وعن إبراهيم قالا: أول من فرض العطاء عمر، وفرض فيه الدية كاملة في ثلاث سنين... الأثر. ورواه عبد الرزاق عن ابن جريج قال: أخبرت عن أبي وائل أن عمر جعل الدية الكاملة في ثلاث سنين. وأسنده عن الشعبي وعن مكحول كلاهما: أن عمر... الأثر.

فائدة: قال الترمذي في جامعه ٤/ ١١: قد أجمع أهل العلم: على أن الدية تؤخذ في ثلاث سنين كل سنة ثلث الدية اهـ.

تنبيه: وأما كونه مرفوعاً، فلم يروه أحد البتة، ولو وجد لنقله الزيلعي وغيره.

الثلثين في السنة الثانية، وما زاد على ذلك إلى تمام الدية في السنة الثالثة، وما وجب على العاقلة من الدية أو على القاتل بأن قتل الأب ابنه عمداً فهو في ماله في ثلاث سنين. وقال الشافعي رحمه الله: ما وجب على القاتل في ماله فهو حال، لأن التأجيل للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلحق به العمد المحض. ولنا أن القياس يأباه والشرع ورد به مؤجلاً فلا يتعداه. ولو قتل عشرة رجلاً خطأ فعلى كل واحد عشر الدية في ثلاث سنين اعتباراً للجزء بالكل إذ هو

كل الدية، ولا شك أن كل الدية إنما يؤخذ من العطايا التي خرجت للعاقلة أجمعهم لا مما خرجت للقاتل فقط، إلا أنه يمكن أن يقدر المضاف في قوله ولو خرج للقاتل: أي لو خرج لعاقلة القاتل وتقدير المضاف طريقة معهودة فحينئذٍ ينتظم جواب المسألة كما لا يخفى قوله: **(يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا)** قال الشراح: قوله لما ذكرنا إشارة إلى قوله لأن الوجوب بالقضاء. أقول: أراهم خرجوا هنا عن سنن الصواب إذا الظاهر إن قوله لما ذكرنا دليل على قوله يؤخذ منها كل الدية فحينئذٍ لا مجال لكون قوله المزبور إشارة إلى قوله لأن الوجوب بالقضاء، إذ لا تأثير لكون الوجوب بالقضاء في أن يؤخذ كل الدية من العطاء الخارجة في سنة واحدة في مسألتنا هذه، بل إنما يكون قوله المزبور حينئذٍ إشارة إلى قوله لحصول المقصود فإنه يصلح أن يكون دليلاً عليه إذ ذاك كما لا يخفى على ذي مسكة. نعم لو جعل قوله المزبرو دليلاً على قوله معناه في المستقبل لصح جعل ذلك إشارة إلى قوله لأن الوجوب بالقضاء لكن جعله دليلاً على ما وقع ذكره من المصنف استطراداً وبالتبع وهو قوله معناه في المستقبل وترك ما هو أصل المسألة ومقصود بالذات هنا خالياً عن الدليل بالكلية مما لا تقبله الفطرة السليمة، على أنه لو كان مراد المصنف ذلك لما أخر قوله لما ذكرنا عن جواب المسألة بل كان عليه أن يذكره متصلاً بقوله معناه في المستقبل قوله: **(وما وجب على العاقلة من الدية أو على القاتل بأن قتل الأب ابنه عمداً فهو في ماله في ثلاث سنين)** أقول: هذا التحرير مختل، إذ الظاهر أن خير «ما» في قوله وما وجب على العاقلة إنما هو قوله فهو في ماله، إذ لو كان خبره في ثلاث سنين لم يكن للفاء في قوله فهو في ماله معنى، بل لم يظهر الضمير هو في قوله فهو في ماله ارتباطاً بما قبله، وهذا مما لا سترة به عند من له دربة بأساليب الكلام والقواعد الأدبية، فإن كان خبر ما قوله فهو في ماله لم يصح معنى الكلام في المقام، فإن ما وجب على العاقلة من الدية ليس من مال القاتل بلا ريب. فالحق في تحرير المقام أن يقال: ومات وجب على العاقلة من الدية أو على القاتل في ماله بأن قتل الأب ابنه عمداً فهو في ثلاث سنين قوله: **(ولنا أن القياس يأباه، والشرع ورد به مؤجلاً لا يتعداه)** قال صاحب العناية في شرح قوله إن القياس يأباه: أي يأبى إيجاب المال بمقابلة النفس: يعني لا يقتضيه لأن القياس من حجج الشرع وهي لا تتناقض انتهى. أقول: ليس هذا بشرح صحيح. أما أوّلاً فلأنه لو كان معنى قول المصنف إن القياس يأباه هو أنه لا يقتضيه لما أثبت دليلنا المذكور ها هنا مدّعانا، فإن إيجاب المال بمقابلة النفس لا يكون حينئذٍ مخالفاً للقياس، لأن عدم اقتضاء القياس إياه ليس باقتضاء لعدمه، والمخالفة إنما تتحقق في الثاني دون الأول، فإذا لم يكن ذلك مخالفاً للقياس لم يلزم من ورود الشرع

وتحقق العجز عن استيفاء النفس لما فيه من معنى العقوبة تحوّل الحق إلى القيمة بالقضاء **(فيعتبر ابتداؤها من وقته)** أي من وقت القضاء **(كما في ولد المغرور)** فإن قيمته إنما تجب بقضاء القاضي وإن كان ردّ عينه قبل القضاء متعذراً، لكن جعل الواجب ردّ العين وتحوّل إلى القيمة بالقضاء لما تحقق العجز عن ردّ العين، ولهذا لو هلك الولد قبل القضاء لم يضمن المغرور شيئاً وهذا هو الموعود من قبل بقوله لأن الوجوب بالقضاء على ما نبين. وقوله: **(وهذا)** أي قول القدوري رحمه الله لا يزاد الواحد على أربعة دراهم في كل سنة وينقص منها **(إشارة إلى أنه يجوز أن يزاد على أربعة من جميع الدية)** فإذا أخذ من كل واحد منهم في كل سنة ثلاثة أو أربعة دراهم كان من جميع الدية تسعة أو اثنا عشر، وليس كذلك فإن محمداً رحمه الله نص على أنه لا يزاد على كل واحد من جميع الدية في ثلاث سنين على ثلاثة أو أربعة فلا يأخذ من كل واحد في كل سنة

قوله: **(وكون التأجيل للتخفيف حكمة لا يترتب الحكم عليها)** أقول: يعني لا يترتب الحكم على الحكمة.

بدل النفس، وإنما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية لأن الواجب الأصلي المثل والتحول إلى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداؤها من وقته كما في ولد المغرور. قال: **(ومن لم يكن من أهل الديوان فعاقلته قبيلته)** لأن نصرته بهم وهي المعتبرة في التعاقل. قال: **(وتقسم عليهم في ثلاث سنين لا يزاد الواحد على أربعة دراهم في كل سنة وينقص منها)** قال رضي الله عنه: كذا ذكره القدوري رحمه الله في مختصره، وهذا إشارة إلى أنه يزاد على أربعة من جميع الدّية، وقد نص محمد رحمه الله على أنه لا يزاد على كل واحد من جميع الدية في ثلاث سنين على ثلاثة أو أربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة إلا درهم أو درهم وثلث درهم وهو الأصح. قال: **(وإن لم يكن تتسع القبيلة لذلك ضم إليهم أقرب القبائل)** معناه: نسباً كل ذلك لمعنى التخفيف ويضم الأقرب فالأقرب على ترتيب العصبات: الإخوة ثم بنوهم، ثم الأعمام ثم بنوهم. وأما الآباء والأبناء فقيل يدخلون لقربهم، وقيل: لا يدخلون

بإيجاب المال في الخطإ مؤجلاً أن لا يتعدّى غيره، لأن الذي لا يتعدى مورده إنما هو ما يخالف القياس كما تقرر في علم الأصول، وأما ثانياً فلأنه إن أراد بقوله وهي: أي حجج الشرع لا تتناقض أن حججه المعمول بها لا تتناقض فمسلم، لكن القياس فيما نحن فيه ليس بمعمول به بل هو متروك بالنص الوارد بإيجاب المال فلا محذور في اقتضائه عدم إيجاب المال بمقابلة النفس، وإن أراد به أن حجج الشرع لا تتناقض مطلقاً. أي سواء كانت معمولاً بها أو لا فممنوع، كيف وقد وضعوا في كتب الأصول باباً للمعارضة بين الأدلة الشرعية والترجيح، وبينوا أحكام ذلك على التفصيل، والعجب من الشارح المزبور أنه رفض هنا عدة من القواعد الفقهية بلا ضرورة أصلاً. ثم قال ذلك الشارح: فإن قيل هذا ليس في معنى الخطإ فلا يلحق به. قلنا هو في معناه من حيث كونه مالاً وجب بالقتل ابتداء. أقول: إن قيد الابتداء في قوله وجب بالقتل ابتداء ينافي ما مرّ منه في أوّل كتاب المعاقل فإنه لما قال في الكتاب هناك وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة، قال ذلك الشارح وغيره في شرح قوله وجبت بنفس القتل: يعني ابتداء، وقالوا: يحترز به عن دية تجب بسبب الصلح أو الأبوّة في القتل العمد، فإنها في مال القاتل لا على العاقلة انتهى. ووجه المنافاة غير خاف على ذي مسكة قوله: **(ولو قتل عشرة رجلاً خطأ فعلى كل واحد عشر الدية في ثلاث سنين اعتباراً للجزء بالكل)** أقول: قد مرّ في كتاب الجنايات أنه أذا قتل جماعة واحداً عمداً اقتص من جميعهم، وقالوا في بيان وجهه: إن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال، لأن القتل لا يتجزأ فجاء التماثل بين الواحد والجماعة من هذه الحيثية فوجب القصاص على جميعهم، فلقائل أن يقول هنا: فلم لا تجب على كل واحد من العشرة القاتلين واحداً خطأ دية كاملة باعتبار أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال كما في العمد بناء على أن القتل لا يتجزأ، وقد مر في كتاب الديات أنه قد روي أن عمر رضي الله عنه قضى بأربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر[1] فليتأمل في الفرق قوله: **(وإنما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية**

إلا درهم أو درهم وثلث درهم. وقوله: **(وهو الأصح)** احتراز عما ذهب إليه بعض مشايخنا رحمهم الله مما فهم من إشارة كلام القدوري ذكر في المبسوط وقال ذلك غلط. وقوله: **(ضم إليهم أقرب القبائل معناه نسباً)** قالوا هذا الجواب إنما يستقيم في حق العرب، لأن العرب حفظت أنسابهم فأمكننا أيجاب العقل على أقرب القبائل من حيث النسب أما في حق العجمي فلا يستقيم لأن العجم ضيعوا أنسابهم فلا يمكننا إيجاب العقل على أقرب القبائل من القاتل نسباً، فبعد ذلك اختلف المشايخ

قال المصنف: **(لأن الواجب الأصلي المثل والتحول إلى القيمة بالقضاء)** أقول: بل الواجب الأصلي الدية، قال الله تعالى: ﴿ودية مسلمة إلى أهله﴾ فليس التحول إليها بالقضاء، فإن القضاء قضاء الله تعالى لا حكم إلا حكمه قال المصنف: **(ومن لم يكن من أهل الديوان فعاقلته قبيلته لأن نصرته بهم)** أقول: أي بالقبيلة، ويحتمل أن الباء للملابسة، والمعنى: لأن نصرة القبيلة ملتبسةٌ بهٖ قوله: **(مما فهم من إشارة كلام القدوري)** أقول: من للمنشئية في قوله مما.

---

(١) أثر عمر. أخرجه البيهقي ٨/٩٨ وذكره في ٨/٩٦ بسنده عن أبي المهلب عمّ أبي قلابة.

لأن الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد أكثر من ثلاثة أو أربعة، وهذا المعنى إنما يتحقق عند الكثرة والآباء والأبناء لا يكثرون، وعلى هذا حكم الرايات إذا لم يتسع لذلك أهل راية ضم إليهم أقرب الرايات: يعنى أقربهم نصرة إذا حزبهم أمر الأقرب فالأقرب، ويفوّض ذلك إلى الإمام لأنه هو العالم به، ثم هذا كله عندنا. وعند الشافعي رحمه الله يجب على كل واحد نصف دينار فيسوّي بين الكل لأنه صلة فيعتبر بالزكاة وأدناها ذلك إذ خمسة دراهم عندهم نصف دينار، ولكنا نقول: هي أحط رتبة منها؛ ألا ترى أنها لا تؤخذ من أصل المال فينتقص منها تحقيقاً لزيادة التخفيف **(ولو كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق يقضي بالدية في أرزاقهم في ثلاث سنين في كل سنة الثلث)** لأن الرزق في حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه إذ كل منهما صلة من بيت المال، ثم ينظر إن كانت أرزاقهم تخرج في كل سنة، فكما يخرج رزق يؤخذ منه الثلث بمنزلة العطاء، وإن كان يخرج في كل ستة أشهر وخرج بعد القضاء يؤخذ منه سدس الدية وإن كان يخرج في كل شهر يؤخذ من كل رزق بحصته من الشهر حتى يكون المستوفى في كل سنة مقدار الثلث، وإن خرج بعد القضاء بيوم أو أكثر أخذ من رزق ذلك الشهر بحصة الشهر، وإن كانت لهم أرزاق في كل شهر وأعطية في كل سنة فرضت الدية في الأعطية دون الأرزاق لأنه أيسر، إما لأن الأعطية

لأن الواجب الأصلي المثل والتحوّل إلى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداؤه من وقته) قال الشراح في بيانه لأن ضمان المتلفات إنما يكون بالمثل بالنص، ومثل النفس النفس، إلا أنه إذا رفع إلى القاضي وتحقق العجز عن استيفاء النفس لما فيه من معنى العقوبة وهو مرفوع عن الخاطىء تحوّل الحق بالقضاء إلى المال انتهى. أقول: فيه نظر، لأنهم إن أرادوا أن ضمان المتلفات مطلقاً حتى النفس المتلفة بالقتل خطأ إنما يكون بالمثل بالنص فهو ممنوع، كيف وقد قال الله تعالى ﴿ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله﴾ النساء الآية (٩٢)، وهو نص صريح في كون جزاء القتل خطأ تحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله لا قتل القاتل بمقابلة ذاك، نعم إن قوله تعالى: ﴿فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ البقرة (١٩٤) كان يقتضي بإطلاقه أن يكون الضمان في النفس المتلفة بالقتل أيضاً بالمثل لو لم يكن حكم القتل خطأ مخصصاً منه بنص آخر وهو قوله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله﴾ النساء (٩٢) ولما خص به من ذلك كان جواب الدية في القتل خطأ منصوصاً عليه من قبل ربّ العزّة ثابتاً قبل القضاء بل قبل أن يخلق القاضي، وإن أرادوا أن ضمان المتلفات ما عدا النفس إنما يكون بالمثل بالنص فهو مسلم لا محالة، ولكن لا يجدي شيئاً فيما نحن فيه كما لا يخفى قوله: **(وقيل لا يدخلون لأن الضم لنفي الحرج حتى لا تصيب كل واحد أكثر من ثلاثة أو أربعة وهذا المعنى إنما يتحقق عند الكثرة، والآباء والأبناء لا يكثرون)** أقول: فيه كلام، وهو أن عدم كثرة الآباء مسلم، وأما عدم كثرة الأبناء ككثرة

رحمهم الله، فقال بعضهم: يعتبر المحالّ والقرى الأقرب فالأقرب وقال بعضهم يجب الباقي في مال الجاني. وقوله: **(فيسوّي بين الكل)** يعني الآباء والأبناء وغيرهم لأنه صلة لأنه يجب على العاقلة على سبيل المواساة. وقوله: **(ولو كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق)** قيل الفرق بين العطية والرزق أن العطية ما يفرض للمقاتلة والرزق ما يجعل للفقراء المسلمين إذا لم يكونوا مقاتلة والباقي ظاهر. وقوله: **(وأدخل القاتل مع العاقلة)** يعني إذا كان القاتل من أهل الديوان، أما إذا لم يكن فلا شيء عليه من الدية عندنا أيضاً كما لا تجب عند الشافعي رحمه الله. قال: **(وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ في الديوان عقل)** كلامه واضح. وقوله: **(وعلى هذا لو كان القاتل صبياً أو امرأة لا شيء عليهما من الدية)** قيل إنه يناقض قوله في المسألة التي ذكرها قبل المعاقل فيما إذا وجد القتيل في دار امرأة حيث أدخلها المتأخرون هناك في تحمل الدية مع العاقلة

قوله: **(قيل الفرق بين العطية والرزق أن العطية ما يفرض للمقاتلة، والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين إذا لم يكونوا مقاتلة)** أقول: فيه بحث، لأنه لا يلائم قوله وإن كان لهم أرزاق فتأمل قال المصنف: **(ثم ينظر إن كانت أرزاقهم تخرج في كل سنة)** أقول: في المغرب الرزق ما يخرج للجندي عن رأس كل شهر، وقيل يوماً بيوم، والمرتزقة الذين يأخذون الرزق يوماً بيوم وإن لم يثبتوا في الديوان. وفي مختصر الكرخي: العطاء ما يفرض للمقاتلة والرزق للفقراء انتهى.

أكثر، أو لأن الرزق لكفاية الوقت فيتعسر الأداء منه والأعطيات ليكونوا في الديوان قائمين بالنصرة فيتيسر عليهم. قال: **(وأدخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدي كأحدهم)** لأنه هو الفاعل فلا معنى لإخراجه ومؤاخذة غيره. وقال الشافعي: لا يجب على القاتل شيء من الدية اعتباراً للجزء بالكل في النفي عنه والجامع كونه معذوراً. قلنا: إيجاب الكل إجحاف به ولا كذلك إيجاب الجزء، ولو كان الخاطىء معذوراً فالبريء منه أولى، قال الله تعالى **﴿ولا تزر وازرة وزر أخرى﴾** **(وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ في الديوان عقل)** لقول عمر رضي الله عنه: لا يعقل

الإخوة فممنوع، كيف وإخوته أبناء أبيه، فإذا جاز أن يكثر أبناء أبيه فلم يجوز أن يكثر أبناء نفسه فتأمل قوله: **(وإن كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق يقضي بالدية في أرزاقهم في ثلاث سنين في كل سنة الثلث، لأن الرزق في حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه، إذ كل منهما صلة من بيت المال)** قال تاج الشريعة: الفرق بين الرزق والعطاء أن الرزق ما يفرض للإنسان في مال بيت المال بقدر الحاجة والكفاية يفرض له ما يكفيه كل شهر أو كل يوم، والعطاء ما يفرض كل سنة لا بالحاجة انتهى. أقول: تفسير العطاء بما ذكره لا يلائم مسألة مرّت فيما قبل وهي قوله ولو خرج للقاتل ثلاث عطايا في سنة واحدة يؤخذ منها كل الدية، فإن المفهوم منها جواز أن يفرض لرجل عطاء في كل سنة من الثلاث فتخرج له في سنة واحدة ثلاث عطايا، والظاهر من التفسير المزبور أن يكون العطاء ما يفرض كل سنة مرة واحدة. نعم يلائم قول المصنف قبيل تلك المسألة: والعطاء يخرج في كل سنة مرة واحدة، فالذي يمكن في التوفيق أن يحمل قول المصنف والعطاء يخرج في كل سنة مرة واحدة، وكذا التفسير الذي ذكره تاج الشريعة للعطاء على ما هو الأكثر الأغلب وقوعاً، ومثل هذا ليس بعزيز في المتعارف. وقال صاحب الغاية: الفرق بين الرزق والعطية أن الرزق ما يفرض لكفاية الوقت، والعطية ما يفرض ليكونوا قائمين بالنصرة. ثم قال: قال صاحب المغرب: العطية ما يفرض للمقاتلة، والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين إذا لم يكونوا مقاتلة. وفيه نظر، لأن محمداً قال: إذا كان لهم أرزاق وأعطيات فرضت الدية في أعطياتهم دون أرزاقهم، فعلم بذلك أن الرزق يفرض للمقاتلة أيضاً انتهى. أقول: إن صاحب المغرب قد ذكر الفرق بين الرزق والعطاء في الموضعين من المغرب: أحدهما موضع بيان الرزق، والثاني موضع بيان العطاء فقال في الأول: الرزق ما يخرج للجندي عند رأس كل شهر، وقيل يوماً بيوم. ثم قال: وفي مختصر الكرخي: العطاء ما يفرض للمقاتلة، والرزق للفقراء. وقال في الثاني: العطاء اسم ما يعطى والجمع أعطية وأعطيات، وقوله لا يجوز بيع العطاء والرزق ففرق ما بينهما أن العطاء ما يخرج للجندي من بيت المال في السنة مرة أو مرتين، والرزق ما يخرج له كل شهر. ثم قال: وفي شرح القدوري في العاقلة. الدية في أعطياتهم ثلاث سنين، فإن لم يكونوا أهل عطاء وكانت لهم أرزاق جعلت الدية في أرزاقهم. وقال: الفرق بينهما أن العطية ما يفرض للمقاتلة، والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين إذا لم يكونوا مقاتلة انتهى. فنظر صاحب الغاية لا يرد على ما ذكره في الموضع الأول قط، وكذا لا يرد على ما ذكره في الموضع الثاني أولاً بقوله ففرق ما بينهما أن العطاء ما يخرج للجندي من بيت المال في السنة مرة أو مرتين والرزق ما يخرج له كل شهر، وإنما يرد على ما نقله من شرح القدوري بقوله وقال: الفرق بينهما أن العطية ما يفرض للمقاتلة، والرزق ما يجعل لفقراء

وليس بصحيح، لأن فرض المسألة فيما إذا كانت قاتلة حقيقة وهناك تقدر قاتلة بسبب وجوب القسامة. لا يقال: إذا لم يجب على المرأة شيء من الدية وهي قاتلة حقيقة فلأن لا يجب عليها شيء منها وهي قاتلة تقديراً أولى. لأنا نقول: القسامة تستلزم وجوب الدية على المقسم، إما بالاستقلال أو بالدخول في العاقلة عندنا بالاستقراء وقد تحقق الملزوم فيتحقق اللازم بخلاف القتل مباشرة فإنه قد لا يستلزم الدية فإن قلت: هذا الجواب ينبني على إيجاب القسامة عليها وفي ذلك تناقض لأنه قال قبل هذا: ولا قسامة على صبيّ، إلى أن قال: ولا امرأة وعبد. وقال ها هنا: ولو وجد قتيل في قرية لامرأة، فعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله القسامة عليها تكرر الأيمان وذلك تناقض البتة. فالجواب أن ذلك مذكور في سياق قوله وإن لم تكمل

مع العاقلة صبيّ ولا امرأة[1]، ولأن العقل إنما يجب على أهل النصرة لتركهم مراقبته، والناس لا يتناصرون بالصبيان والنساء ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة وهو الجزية، وعلى هذا لو كان القاتل صبياً أو امرأة لا شيء عليهما من الدية بخلاف الرجل، لأن وجوب جزء من الدية على القاتل باعتبار أنه أحد العواقل لأنه ينصر نفسه وهذا لا يوجد فيهما، والفرض لهما من العطاء للمعونة لا للنصرة كفرض أزواج النبي عليه الصلاة والسلام ورضي الله عنهن **(ولا يعقل أهل مصر عن مصر آخر)** يريد به أنه إذا كان لأهل كل مصر ديوان على حدة لأن التناصر بالديوان عند وجوده، ولو كان باعتبار القرب في السكنى فأهل مصره أقرب إليه من أهل مصر آخر **(ويعقل أهل كل مصر من**

المسلمين إذا لم يكونوا مقاتلة، وهو ليس بمرضي عند صاحب المغرب، فنسبة ذلك القول إلى صاحب المغرب نفسه وإيراد النظر عليه ليس كما ينبغي. والعجب ها هنا من صاحب العناية أنه خص بالذكر من بين ما ذكروا في الفرق بين العطية والرزق ذلك القول الذي ردّه صاحب الغاية ولم يتعرض لما فيه من المحذور ولم يذكر شيئا يدفعه مع ظهور أن المسألة الآتية في الكتاب بقوله وإن كانت لهم أرزاق في كل شهر وأعطية في كل سنة فرضت الدية في الأعطية دون الأرزاق يأبى ذلك القول جداً قوله: **(وأدخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدي كأحدهم)** قال صاحب النهاية: اعلم أن القاتل إنما يكون كأحد العواقل في أداء نصيبه من الدية إذا كان القاتل من أهل العطاء في الديوان. وأما إذا لم يكن هو من أهل العطاء فلا يجب عليه شيء من الدية عندنا أيضاً لأن الدية تؤخذ من الأعطيات وقال وهو هكذا منصوص في المبسوط واقتفى أثره في تقييد هذه المسألة بالوجه المزبور أكثر الشراح منهم صاحب العناية. أقول: هذا مشكل عندي، إذ قد مرّ في الكتاب أنّ من لم يكن من أهل الديوان فعاقلته قبيلته لأن نصرته بهم وهي المعتبرة في التعاقل ولا شك أن قبيلة من لا يكون من أهل العطاء في الديوان قد لا تكون هي أيضاً من أهل العطاء في الديوان وقد مرّ أيضا أنهم قالوا: لو كان اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم أهل الحرفة وإن كان بالحلف فأهله وعلى مقتضى ما ذكر في النهاية من قوله لأن الدية تؤخذ من الأعطيات في تعليل قوله وأما إذا لم يكن من أهل العطاء فلا يجب عليه شيء من الدية عندنا أيضاً يلزم أن لا تجب الدية على العاقلة أيضاً فيما إذا لم يكن القاتل ولا عاقلته من أهل العطاء لعدم إمكان الأخذ من الأعطيات هناك لا في حق القاتل ولا في حق عاقلته واللازم باطل لا محالة فإن وجوب الدية على العاقلة في القتل الخطإ وشبه العمد مجمع عليه فإذا وجب عليهم الدية البتة ينبغي أن يجب على القاتل أيضاً شيء منها وإن لم يكن من أهل العطاء للعلة التي ذكرت في الكتاب وهي أن القاتل هو الفاعل لا معنى لإخراجه ومؤاخذة غيره فتدبر قوله: **(وعلى هذا لو كان القاتل صبياً أو امرأة لا شيء عليهما)** قال

أهل المحلة خمسين كررت الأيمان، ومعناه لا يكمل أهل المحلة خمسين من الصبيّ والمرأة والعبد لأنهم ليسوا من أهل النصرة واليمين على أهلها، وأما ها هنا فالقتيل وجد في قريتها فيجب عليها نفياً لتهمة القتل فإنها تتحقق منها، ويتبين من هذا أن القسامة إذا وجبت على جماعة تعلل بالنصرة، فمن كان أهلاً لها يدخل ومن لا فلا، فلا يدخل الصبيّ والعبد والمرأة، وإذا وجبت على واحد تعلل بتهمة القتل. فمن كان من أهلها وجبت عليه ومن لا فلا فتدخل المرأة، والله أعلم. قوله: **(والفرض لهما من العطاء)** جواب عما يقال فرض الإمام لنساء الغزاة وذراريهم من العطاء، والعطاء إنما يدفع بنصرة أهل الإسلام كما في حق الغزاة، ثم الغزاة عواقل لغيرهم فكذا الناس. ووجهه ما قاله أن الدفع إليهن باعتبار المعونة: أي معونة

قال المصنف: **(قال الله تعالى ﴿ولا تزر وازرة وزر أخرى﴾)** أقول: قال القاضي في تفسيره: أي ولا تحمل نفس آثمة إثم نفس أخرى. وقال القاضي في تفسير سورة الأنعام جواب عن قولهم **﴿اتبعوا سبيلنا ولنحمل خطاياكم﴾** انتهى. فعلى هذا لا يتجه التمسك بها في هذا المقام لإثبات الملازمة. وأما المصنف لم يحمل على هذا المعنى بل قال: أي لا تحمل نفس حاملة حمل نفس أخرى فاستدل بها فيلزم النسخ أو التخصيص قوله: **(وهي قاتلة حقيقة)** أقول: الواو حالية قوله: **(أو بالدخول في العاقلة عندنا بالاستقراء)** أقول: فيه

---

(١) أثر عمر غريب. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٣٩٩.
وقال ابن حجر في الدراية ٢/ ٢٨٨: لم أجده.

أهل سوادهم) لأنهم أتباع لأهل المصر، فإنهم إذا حزبهم أمر استنصروا بهم فيعقلهم أهل المصر باعتبار معنى القرب في النصرة **(ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه أهل الكوفة)** لأنه يستنصر بأهل ديوانه لا بجيرانه. والحاصل أن الاستنصار بالديوان أظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة والنسب والولاء وقرب السكنى وغيره وبعد الديوان النصرة بالنسب على ما بيناه، وعلى هذا يخرج كثير من صور مسائل المعاقل **(ومن جنى جناية من أهل المصر وليس له في الديوان عطاء وأهل البادية أقرب إليه ومسكنه المصر عقل عنه أهل الديوان من ذلك المصر)** ولم يشترط أن يكون بينه وبين أهل الديوان قرابة، قيل هو صحيح لأن الذين يذبون عن أهل المصر ويقومون بنصرتهم ويدفعون عنهم أهل الديوان من أهل المصر ولا يخصون به أهل العطاء. وقيل تأويله إذا كان قريباً لهم، وفي الكتاب إشارة إليه حيث قال: وأهل البادية أقرب إليه من أهل المصر، وهذا لأن الوجوب عليهم بحكم القرابة وأهل المصر أقرب منهم مكاناً فكانت القدرة على النصرة لهم وصار نظير مسألة الغيبة المنقطعة **(ولو كان البدوي نازلاً في المصر لا مسكن له فيه لا يعقله أهل المصر)** لأن أهل العطاء لا ينصرون من لا مسكن له فيه، كما أن أهل البادية لا تعقل عن أهل المصر النازل فيهم لأنه لا يستنصر بهم **(وإن كان لأهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل أحدهم قتيلاً على عاقلته بمنزلة المسلم)** لأنهم التزموا أحكام الإسلام في المعاملات لا سيما في المعاني العاصمة عن الإضرار،

صاحب النهاية: إن قوله هنا لا يجب على المرأة شيء من الدية وإن كانت هي القاتلة يخالف المسألة التي ذكرها قبيل كتاب المعاقل فيما إذا وجد القتيل في دار امرأة حيث أدخلها المتأخرون هناك في تحمل الدية مع العاقلة انتهى. وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك بقليل: وليس بصحيح لأن فرض المسألة فيما إذا كانت قاتلة حقيقة وهناك تقدر قاتلة بسبب وجوب القسامة، لا يقال: إذا لم يجب على المرأة شيء من الدية وهي قاتلة حقيقة، فلأن لا يجب عليها شيء منها وهي قاتلة تقديراً أولى. لأنا نقول: القسامة تستلزم وجوب الدية على المقسم إما بالاستقلال أو بالدخول في العاقلة عندنا بالاستقراء، وقد تحقق الملزوم فيتحقق اللازم، بخلاف القتل مباشرة فإنه قد لا يستلزم الدية انتهى. أقول: فيه نظر، لأن استلزام القسامة وجوب الدية على المقسم عندنا إما بالاستقلال أو بالدخول في العاقلة بالاستقراء ممنوع، فإنه إذا وجد القتيل في قرية امرأة فعند أبي حنيفة ومحمد يجب عليها القسامة ولا يجب عليها شيء من الدية على ما هو المنصوص عليه من محمد كما ذكر في غاية البيان والكفاية وغيرهما، والمتأخرون وإن قالوا: إن المرأة تدخل مع العاقلة في تحمل الدية في تلك المسألة إلا أن تعليلهم إياها بقولهم لأنا أنزلناها قاتلة والقاتلة تشارك العاقلة كما مرّ في الكتاب قبيل كتاب المعاقل يأبى الفرق بين القاتلة حقيقة والمقدرة قاتلة، بل يقتضي قياس المنزلة قاتلة على القاتلة حقيقة وإلا لا يتم تعليلهم المذكور لا على قاعدة الفقه ولا على قاعدة الميزان كما يظهر بالتأمل الصادق، فالحق في التوفيق بين المسألتين المذكورتين في المقامين ما ذكره سائر الشراح فإنه قال في الكفاية: هذا يخالف ما ذكر قبيل المعاقل من اختيار المتأخرين أن المرأة تدخل في التحمل مع العاقلة، إلا أن ذلك

الإمام لهما لا باعتبار إنهما غيرهما. وقوله: **(وأهل البادية أقرب إليه)** يعني نسباً. وقوله: **(قيل هو صحيح)** الضمير راجع إلى قوله لم يشترط أن يكون بينه وبين أهل الديوان قرابة. وقوله: **(من أهل المصر)** بيان لقوله أهل الديوان: أي أهل الديوان الذي هم من أهل المصر. وقوله: **(وصار نظير مسألة الغيبة المنقطعة)** يعني أن للوليّ الأبعد أن يزوّج إذا كان الأقرب غائباً.

بحث؛ ألا يرى أنه لا يجب على تلك المرأة دية على رواية الأصل، بل أدخلها المتأخرون في تحملها مع العاقلة قال المصنف: **(والفرض لهما من العطايا للمعونة لا للنصرة كفرض أزواج النبي عليه الصلاة والسلام)** أقول: قال الإتقاني: بيانه أن بنيتهما تصلح لمعاونة الجند بالطبخ والخياطة وحفظ المنزل ونحو ذلك، ولا تصلح للنصرة لضعفهما، فكان الفرض للمعونة لا للنصرة، ويجوز أن يقال: الفرض لهما من الإمام على سبيل العون لهما كفرض أزواج النبي عليه الصلاة والسلام لا لوجود النصرة منهما لغيرهما، فلم يدل فرض العطاء للنصرة انتهى. والتشبيه في قول المصنف كفرض أزواج النبي عليه الصلاة والسلام على الاحتمال الأول في كون الفرض لا للنصرة لا في كونه للمعونة كما لا يخفى.

ومعنى التناصر موجود في حقهم **(وإن لم تكن لهم عاقلة معروفة فالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى بها عليه)** كما في حق المسلم لما بينا أن الوجوب على القاتل وإنما يتحوّل عنه إلى العاقلة أن لو وجدت، فإذا لم توجد بقيت عليه بمنزلة تاجرين مسلمين في دار الحرب قتل أحدهما صاحبه يقضى بالدية عليه في ماله لأن أهل دار الإسلام لا يعقلون عنه، وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم **(ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر)** لعدم التناصر والكفار يتعاقلون فيما بينهم وإن اختلفت مللهم لأن الكفر كله ملة واحدة. قالوا: هذا إذا لم تكن المعاداة فيما بينهم

ليس بأصل الرواية وإنما هو اختيار بعض المتأخرين، وما ذكر هنا هو اختيار الطحاوي وهو الأصح وهو أصل رواية محمد انتهى. وقال في معراج الدراية: هذه المسألة مخالفة لما مرّ قبيل كتاب المعاقل أنه لو وجد قتيل في دار امرأة أن المرأة تشارك العقالة عند المتأخرين، إلا أنه يمكن أن يكون هذا على رواية المتقدمين أن المرأة لا تدخل في العواقل في صورة من الصور انتهى. قال في غاية البيان: فإن قلت: قد مرّ قبيل كتاب المعاقل أن القتيل إذا وجد في قرية امرأة تجب القسامة عليها والدية على عاقلتها عند أبي حنيفة ومحمد، وذهب المشايخ المتأخرون إلى أنها تشارك العاقلة في الدية فكيف لم تشاركهم هنا. قلت: ثمة أيضاً لا تشاركهم في الدية على ما هو المنصوص من محمد، وإنما استحسن المتأخرون في تلك المسألة خاصة انتهى. ثم قال صاحب العناية: فإن قلت: هذا الجواب يبتنى على إيجاب القسامة عليها وفي ذلك تناقض، لأنه قال قبل هذا ولا قسامة على صبيّ إلى أن قال ولا امرأة ولا عبد، وقال ها هنا: لو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند أبي حنيفة ومحمد القسامة عليها تكرر الأيمان وذلك تناقض البتة. فالجواب أن ذلك مذكور في سياق قوله وإن لم يكمل أهل المحلة خمسين كررت الأيمان، فمعناه لا يكمل أهل المحلة خمسين في الصبي والمرأة والعبد لأنهم ليسوا من أهل النصرة واليمين على أهل، وأما هنا فالقتيل وجد في قريتها فتجب عليها نفياً لتهمة القتل فإنها تتحقق منها، وتبين من هذا أن القسامة إذا وجبت على الجماعة تعلل بالنصرة، فمن كان أهلاً لها يدخل ومن لا فلا، فلا يدخل الصبي والعبد والمرأة، وإذا وجبت على واحد تعلل بتهمة القتل، فمن كان من أهلها وجبت عليه ومن لا فلا فتدخل المرأة، إلى هنا كلامه. أقول: فيه أيضاً نظر، أما أوّلاً فلأن كون ذلك مذكوراً في سياق قوله وإن لم يكمل أهل المحلة خمسين كررت الأيمان ممنوع، بل ذلك مسألة مبتدأة مقصودة بالبيان على الاستقلال، إذ لو كان معناه لا يكمل أهل المحلة خمسين من الصبي والمجنون والمرأة والعبد لا نفي صلاحيتهم للقسامة مطلقاً، أي سواء كانوا منضمين إلى الغير لتكميل الخمسين أو كانوا منفردين وحدهم لزم أن يكون بيان حال الصبي والمجنون والعبد في أمر القسامة عند كونهم منفردين غير منضمين إلى الغير متروكان بالكلية في هذا الكتاب وكثير من الكتب المعتبرة، إذ الفرض أن عدم الصلاحية للقسامة حال الانضمام الى الغير لتكميل الخمسين لا يستلزم عدم الصلاحية لها حال الانفراد إذ هو حاصل الجواب الذي ذكره لدفع التناقض بين المقامين في حق المرأة كما ترى. وأما ثانياً فلأن ما ذكره من أن القسامة إذا وجبت على الجماعة تعلل بالنصرة،

وقوله: **(لا سيما في المعاني العاصمة)** كحدّ القذف والسرقة والقصاص ووجوب الدية. وقوله: **(فالدية في ماله في ثلاث سنين)** أي لا على بيت المال، لأن النصرة الموجبة للعقل غير موجودة بين الذمي والمسلمين لانقطاع الولاية بيننا، بخلاف المسلم فإن ديته على بيت المال إذا لم يوجد له عاقلة على ظاهر الرواية وسيجيء. وقوله: **(وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم)** أي ليس بسبب نصرة أهل الإسلام إياه. وقوله: **(لعدم التناصر)** لأن التعاقل يبتنى على الموالاة وذلك ينعدم عند اختلاف الملة، قال الله تعالى ﴿والذين كفروا بعضهم أولياء بعض﴾ وقوله: **(والكفار يتعاقلون فيما بينهم)** ظاهراً لا ألفاظاً نذكرها. وقوله: **(وعاقلته أهل الكوفة)** الواو للحال. وقوله: **(لكن حصة القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة)** يعني وإن كان بعد القضاء. وقوله: **(بخلاف ما إذا قلت العاقلة)** متعلق بقوله بخلاف ما بعد القضاء ومعناه لا يقضي بالدية على عاقلته من أهل البصرة إذا كان القاضي قضى بديته على عاقلته من أهل الكوفة، بخلاف ما إذا قلت العاقلة بموت بعضهم حيث يضم إليهم أقرب القبائل في النسب وإن كان بعد القضاء مع أن فيه أيضاً نقل الدية من الموجودين وقت القضاء إلى أقرب القبائل، وقد

ظاهرة، أما إذا كانت ظاهرة كاليهود والنصارى ينبغي أن لا يتعاقلون بعضهم عن بعض، وهكذا عن أبي يوسف لانقطاع التناصر. ولو كان القاتل من أهل الكوفة وله بها عطاء فحوّل ديوانه إلى البصرة ثم رفع إلى القاضي فإنه يقضي بالدية على عاقلته من أهل البصرة. وقال زفر: يقضي على عاقلته من أهل الكوفة وهو رواية عن أبي يوسف، لأن الموجب هو الجناية وقد تحققت وعاقلته أهل الكوفة، وصار كما إذا حوّل بعد القضاء. ولنا أن المال إنما يجب عند القضاء لما ذكرنا أن الواجب هو المثل وبالقضاء ينتقل إلى المال، وكذا الوجوب على القاتل وتتحمل عنه عاقلته، وإذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء، بخلاف ما بعد القضاء لأن الواجب قد تقرّر بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك، لكن حصة القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة لأنها تؤخذ من العطاء وعطاؤه بالبصرة،

وإذا وجبت على الواحد تعلل بتهمة القتل من عندياته لا يساعده العقل ولا النقل، أما عدم مساعدة العقل فلأن كل واحد من ترك النصرة واحتمال القتل متحقق في كل واحدة من صورتين وجوب القسامة على الجماعة ووجوبها على الواحد، فتعليل إحداهما بالأول والأخرى بالثاني دون العكس أو الجمع تحكم بحت. وأما عدم مساعدة النقل فلأنهم كانوا يعللون وجوب القسامة والدية مطلقاً بكل واحدة من العلتين المذكورتين كما لا يخفى على من يراجع المعتبرات وقد مرّت الإشارة إلى ذلك في مواضع من نفس الكتاب فتذكر قوله: **(والكفار يتعاقلون فيما بينهم وإن اختلفت مللهم لأن الكفر كله ملة واحدة)** قال بعض الفضلاء: هذا مخالف لما سبق في أول باب جناية المملوك أن أهل الذمة لا يتعاقلون فيما بينهم. وجوابه أن ذلك مبني على الغالب انتهى. أقول: يأبى هذا الجواب قول المصنف هناك فلا عاقلة بعد قوله إنهم لا يتعاقلون فيما بينهم لأن النكرة المنفية تفيد العموم على ما عرف، فالأولى في الجواب أن يقال: المراد هناك نفي الوقوع: أي لم يقع التعاقل فيما بينهم، والمراد هنا بيان الجواز: أي وقع التعاقل فيما بينهم جاز ولا يضر اختلاف مللهم تبصر قوله: **(ولو كان القاتل من أهل الكوفة وله بها عطاء فحوّل ديوانه إلى البصرة ثم رفع إلى القاضي فإنه يقضي على عاقلته من أهل البصرة)** أقول: لقائل أن يقول: قد مرّ في أوائل كتاب المعاقل أن العاقلة إنما خصوا بالضم إلى القاتل في أداء الدية، لأن القاتل إنما قصر لقوّة فيه، وتلك القوّة بأنصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا به، ولا ريب أن مقتضى ذلك أن يكون القضاء بالدية في هذه المسألة على عاقلة القاتل من أهل الكوفة كما ذهب إليه زفر لأن الجناية إنما صدر عنه حال كون عاقلته أهل الكوفة فالقوّة فيه وقت صدورها عنه إنما كانت بأنصاره الذين هم أهل الكوفة، والتقصير في مراقبته وقتئذٍ إنما وقع منهم، إذ لا شك أن عهدة المراقبة في ذلك الوقت كانت عليهم لا على أهل البصرة فكان ينبغي أن يقضي بالدية عليهم لا على أهل البصرة. ويمكن الجواب بأن ما ذكره هناك حكمة أن خصت العاقلة بالضم إلى القاتل في تحمل الدية لا علته، وقد تقرر عندهم أن الحكمة تراعى في الجنس لا في كل فرد، كما في الاستبراء في البكر فلا يقدح عدم تمشية ما ذكر هناك في مسألتنا هذه، فإن ملاك الأمر في تمام جواب المسألة هو الدليل، وقد ذكره المصنف

ذكر الفرق بينهما بقوله لأن في النقل إبطال حكم الأول فلا يجوز بحال، وفي الضم تكثير المتحملين لما قضى به عليهم فكان فيه تقرير الحكم الأول لا إبطاله. وقوله: **(لكن يقضي ذلك)** أي الإبل من مال العطاء بأن يشتري الإبل من مال العطاء. قال: **(وعاقلة المعتق قبيلة مولاه)** كلامه واضح. وقوله: **(ولا تعقل أقل من نصف عشر الدية)** لأن القصاص لا يجب في عمده ولا يتقدر أرشه فصار كضمان الأموال. قيل هذا إذا كانت الجناية فيما دون النفس، فأما بدل النفس فتتحمله العاقلة وإن كان أقل

قال المصنف: **(والكفار يتعاقلون فيما بينهم وإن اختلفت مللهم)** أقول: مخالف لما سبق في أول باب جناية المملوك أن أهل الذمة لا يتعاقلون فيما بينهم. وجوابه أن ذلك مبني على الغالب قال المصنف: **(فإذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء)** أقول: فيه أن تحمل العاقلة لتقصيرهم في تركهم مراقبته على ما مر غير مرة، وهذا التقصير إنما وقع من أهل الكوفة، فينبغي أن تجب عليهم.

بخلاف ما إذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم حيث يضم إليهم أقرب القبائل في النسب، لأن في النقل إبطال حكم الأول فلا يجوز بحال، وفي الضم تكثير المتحملين لما قضي به عليهم فكان فيه تقرير الحكم الأول لا إبطاله، وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة قضى بالدية على أهل البصرة، ولو كان قضى بها على أهل الكوفة لم ينتقل عنهم، وكذا البدوي إذا ألحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء يقضى بالدية على أهل الديوان، وبعد القضاء على عاقلته بالبادية لا يتحوّل عنهم، وهذا بخلاف ما إذا كان قوم من أهل البادية قضى بالدية عليهم في أموالهم في ثلاث سنين ثم جعلهم الإمام في العطاء حيث تصير الدية في أعطياتهم وإن كان قضى بها أول مرة في أموالهم لأنه ليس فيه نقض القضاء الأول لأنه قضى بها في أموالهم وأعطياتهم أموالهم، غير أن الدية تقضى من أيسر الأموال أداء، والأداء من العطاء أيسر إذا صاروا من أهل العطاء إلا إذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضى به عليه بأن كان القضاء بالإبل والعطاء دراهم فحينئذٍ لا تتحوّل إلى الدراهم أبداً لما فيه من إبطال القضاء الأول، لكن يقضى ذلك من مال العطاء لأنه أيسر. قال: **(وعاقلة المعتق قبيلة مولاه)** لأن النصرة بهم يؤيد ذلك قوله عليه الصلاة والسلام «مولى القوم منهم»[1]. قال: **(ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته)** لأنه ولاء يتناصر به فأشبه ولاء العتاقة، وفيه خلاف الشافعي وقد مرّ في كتاب الولاء. قال: **(ولا تعقل**

بقوله ولنا أن المال إنما يجب عند القضاء الخ، ولا محالة أنه يقتضي أن يقضي بالدية على أهل البصرة لا على أهل الكوفة، لأن وجوب الدية لما كان عند القضاء لا قبله وكان ديوان القاتل متحوّلاً إلى البصرة قبل القضاء لم يبق مجال أن يقضي بالدية على أهل البصرة فإنهم لم يكونوا عاقلة القاتل وقت القضاء، ولم تجب عليهم الدية حال كونهم عاقلته لعدم سبق وجوبها القضاء، فلا بد أن يقضي بها على من هو عاقلته وقت الوجوب تحقيقاً للتخفيف عن القاتل المعذور كما تقرّر فيما مر قوله: **(بخلاف ما إذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم حيث يضم إليهم أقرب القبائل في النسب الخ)** قال جماعة من الشراح منهم صاحب العناية في شرح هذا المقام: قوله بخلاف ما إذا قلت العاقلة متعلق بقوله بخلاف ما بعد القضاء ومعناه لا يقضي بالدية على عاقلته من أهل البصرة إذا كان القاضي قضى بديته على عاقلته من أهل الكوفة، بخلاف ما إذا قلت العاقلة بموت بعضهم حيث يضم إليهم أقرب القبائل في النسب وإن كان بعد القضاء مع أن فيه أيضاً نقل الدية من الموجودين وقت القضاء إلى أقرب القبائل. وقد ذكر الفرق بينهما بقوله لأن في النقل إبطال حكم الأول فلا يجوز بحال، وفي الضم تكثير المتحملين لما قضى به عليهم فكان فيه تقرير حكم الأول لا إبطاله انتهى. أقول: مقدمتهم القائلة مع أن فيه أيضاً نقل الدية من الموجودين وقت القضاء إلى أقرب القبائل مع كونها مستدركة في بيان معنى المقام غير صحيحة في نفسها، إذ ليس فيما إذا قلت العاقلة بعد القضاء نقل الدية من أحد إلى أحد قط، بل إنما فيه تكثير المتحملين لما قضى به عليهم، ولا شك أن التكثير يغاير النقل بل ينافيه. وعن هذا قال المصنف في الفرق بين الصورتين: إن في النقل إبطال حكم الأول، وفي

من نصف العشر؛ ألا ترى أن القبيلة إذا كانت مائة كانت الدية على عاقلتهم، وإن كان نصيب كل واحد منهم مائة درهم لأنها بدل النفس، وكذلك من قتل عبداً قيمته مائة وخمسون درهماً فإنه تتحمله العاقلة، لأن تحمل بدل النفس ثابت بالنص والتحمل فيما دون النفس ثابت بعلة النص فلا يعتبر للتحمل فيما دون النفس مقدار لم يوجد في التحمل لا النص ولا علته فيجب في ماله. وقوله: (ولا عبداً) قال أبو عبيد: اختلفوا في تأويل قوله ﷺ «لا تعقل العواقل عمداً ولا عبداً» فقال لي

قال المصنف: **(ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته)** أقول: لا بد على قول من يقول لا يدخل الآباء والأبناء في العاقلة لأنهم لا يكثرون من الفرق بين المولى وبينهم، ولعل التزامه لأداء الدية في العقد هو الفارق، ولأجل ذلك لم يعقل في المعتق مولاه وقبيلته، إذ لا التزام بالعقد فيه تأمل قوله: **(وقوله ولا عبداً، قال أبو عبيد: اختلفوا في تأويل قوله عليه الصلاة والسلام «لا تعقل العواقل عمداً ولا**

---

(١) صحيح مضى في الزكاة، وغير ذلك.

العاقلة أقل من نصف عشر الدية وتتحمل نصف العشر فصاعداً) والأصل فيه حديث ابن عباس رضي الله عنهما موقوفاً عليه ومرفوعاً إلى رسول الله عليه الصلاة والسلام «لا تعقل العواقل عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ولا ما دون أرش الموضحة»[1] وأرش الموضحة نصف عشر بدل النفس، ولأن التحمل للتحرز عن الإجحاف ولا إجحاف في القليل وإنما هو في الكثير، والتقدير الفاصل عرف بالسمع. قال: **(وما نقص من ذلك يكون في مال الجاني)** والقياس فيه التسوية بين القليل والكثير فيجب الكل على العاقلة كما ذهب إليه الشافعي، أو التسوية في أن لا يجب على العاقلة شيء، إلا أنا تركناه بما روينا، وبما روي أنه عليه الصلاة والسلام أوجب أرش الجنين على العاقلة[2] وهو نصف عشر بدل الرجل على ما مر في الديات، فما دونه يسلك به مسلك الأموال لأنه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم فلهذا كان في مال الجاني أخذاً بالقياس. قال: **(ولا تعقل العاقلة جناية العبد ولا ما**

الضم تقرير حكم الأول لا إبطاله، ولو كانت المقدمة الكاذبة معتبرة في معنى المقام لقال المصنف في الفرق بين الصورتين المذكورتين إن أمر النقل في صورة القلة كذا وفي صورة التحوّل بعد القضاء كذا تأمل تقف قوله: **(قال ولا تعقل العاقلة أقل من نصف عشر الدية وتتحمل نصف عشر الدية فصاعداً)** قال في النهاية: والدليل على أنها لا تتحمل ما دون نصف العشر أن القصاص لا يجب في عمده ولا يتقدر أرشه فصار كضمان الأموال، كذا في شرح الأقطع انتهى. واقتفى أثره صاحب العناية. أقول: يرد عليه أن لكل مفصل من أصبع فيها ثلاثة مفاصل ثلث عشر الدية كما مرّ في كتاب الديات حيث قال: وفي كل أصبع من أصابع اليدين أو الرجلين عشر الدية. ثم قال: وفي كل أصبع فيها ثلاثة مفاصل، ففي أحدهما ثلث دية الأصبع فكان لكل مفصل من أصبع فيها ثلاثة مفاصل أرش مقدر هو أقل من نصف عشر الدية، ويجب القصاص في عمده لا محالة لإمكان رعاية المماثلة التي هي مبنى القصاص كما تقرّر في باب القصاص فيما دون النفس من كتاب الجنايات، فانتقض به كل واحد من قوله إن القصاص لا يجب في عمده ومن قوله ولا يتقدر أرشه كما ترى. نعم قد تدارك صاحب الغاية إصلاح المقدمة الثانية: أعني قوله ولا يتقدر أرشه حيث قال: ويدل عليه من جهة النظر أن دون الموضحة ليس له أرش مقدر في نفسه فأشبه ضمان الأموال. ثم قال: فإن قيل: أرش الأنملة مقدر وهو ثلث دية الأصبع فينبغي أن تتحمله العاقلة. قل له ليس أرشها مقدراً بنفسها بل هو مقدر بغيرها وهو الأصبع، ونحن إنما شبهنا ما دون الموضحة بالأموال من حيث أنه لم يكن له أرش مقدر بنفسه انتهى. لكن بقيت المقدمة الأولى وهي قوله إن القصاص لا يجب في عمده مجروحة تدبر قوله: **(والأصل فيه حديث ابن عباس رضي الله عنهما موقوفاً عليه ومرفوعاً إلى رسول الله ﷺ «لا تعقل العواقل عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ولا ما دون أرش الموضحة»)** قال أبو عبيد: اختلفوا في تأويل قوله عليه الصلاة والسلام

محمد بن الحسن رحمه الله: إنما معناه أن يقتل العبد حراً فليس على عاقلة مولاه شيء من جناية عبده، إنما جنايته في رقبته أن يدفعه إلى المجني عليه أو يفديه. ثم قال: وهذا قول أبي حنيفة. وقال ابن أبي ليلى: إنما معناه أن يكون العبد مجنياً عليه يقتله حرّ أو يجرحه يقول: فليس على عاقلة الجاني شيء إنما ثمنه في ماله خاصة. قال أبو عبيد: فذاكرت الأصمعي في ذلك فإذا هو يرى القول فيه قول ابن أبي ليلى لجريه على كلام العرب، ولا يرى قول أبي حنيفة جائزاً، يذهب إلى أنه لو كان

عبداً» فقال لي محمد بن الحسن: إنما معناه أن يقتل العبد حراً الخ) أقول: قال الإتقاني: واحتج محمد في ذلك بشيء رواه عن ابن عباس. قال محمد: حدثني عبد الرحمن بن أبي زياد عن أبيه عن عبيد الله بن عتبة بن مسعود، عن ابن عباس قال: «لا تعقل العاقلة

---

(١) لا أصل له مرفوعاً وإنما هو قول ابن عباس. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٣٩٩ ومثله ابن حجر في الدراية ٢/ ٢٨٨ حيث قال: أما المرفوع فلم أجده. والموقوف رواه محمد بن الحسن عن ابن عباس وليس فيه ذكر «أرش الموضحة» اهـ.
وتقدم سرد بعض الآثار في ذلك في كتاب الديات.

(٢) هو بعض حديث متفق عليه تقدم في الجنين.

لزم **بالصلح أو باعتراف الجاني)** لما روينا، ولأنه لا تناصر بالعبد والإقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم. قال: **(إلا أن يصدقوه)** لأنه ثبت بتصادقهم والامتناع كان لحقهم ولهم ولاية على أنفسهم **(ومن أقرّ بقتل خطإ ولم يرفعوا إلى القاضي إلا بعد سنين قضى عليه بالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضي)** لأن التأجيل من وقت القضاء في الثابت بالبينة ففي الثابت بالإقرار أولى **(ولو تصادق القاتل ووليّ الجناية على أن قاضي بلد كذا قضى بالدية على عاقلته بالكوفة بالبينة وكذبهما العاقلة فلا شيء على العاقلة)** لأن تصادقهما ليس بحجة عليهم **(ولم يكن عليه شيء في ماله)** لأن الدية بتصادقهما تقررت على العاقلة بالقضاء وتصادقهما حجة في حقهما، بخلاف الأول

«لا تعقل العواقل عمداً ولا عبداً»[1] فقال محمد بن الحسن: إنما معناه أن يقتل العبد حرّاً فليس على عاقلة مولاه شيء من جناية عبده، إنما جنايته في رقبته أن يدفعه إلى المجنى عليه أو يفديه. ثم قال: وهذا قول أبي حنيفة. وقال ابن أبي ليلى: إنما معناه أن يكون العبد مجنياً عليه يقتله حرّ أو يجرحه فليس على عاقلة الجاني شيء إنما ثمنه في ماله خاصة. قال أبو عبيد: فذاكرت الأصمعي في ذلك فإذا هو يرى القول فيه قول ابن أبي ليلى على كلام العرب، ولا يرى قول أبي حنيفة جائزاً، يذهب إلى أنه لو كان المعنى على ما قال لكان الكلام لا تعقل العاقلة عن عبد ولم يكن ولا تعقل عبداً. ومعنى قول الأصمعي إن في كلام العرب يقال عقلت القتيل إذا أعطيت ديته وعقلت عن فلان إذا لزمته دية فأعطيتها عنه. قال الأصمعي: كلمت أبا يوسف القاضي في ذلك بحضرة الرشيد فلم يفرق بين عقلته وعقلت عنه حتى فهمته. وأجيب بأن عقلته يستعمل في معنى عقلت عنه، وسياق الحديث وهو قوله «لا تعقل العاقلة عمداً» وسياقه وهو قوله ﷺ «لا صلحاً ولا اعترافاً»[2] يدلان على ذلك لأن معناه عن عمد وعن صلح وعن اعتراف، كذا في العناية. أقول: الجواب محل للخصم، إذ للخصم أن يمنع كون معناه ما ذكر ويقول: بل

المعنى على ما قال لكان الكلام لا تعقل العاقلة عن عبد ولم يكن ولا تعقل عبداً، ومعنى قول الأصمعي إن في كلام العرب يقال عقلت القتيل إذا أعطيت ديته، وعقلت عن فلان إذا لزمته دية فأعطيتها عنه. قال الأصمعي: كلمت أبا يوسف القاضي في ذلك بحضرة الرشيد فلم يفرق بين عقلته وعقلت عنه حتى فهمته. وأجيب بأن عقلته يستعمل في معنى عقلت عنه، وسياق الحديث وهو قوله ﷺ «لا تعقل العاقلة عمداً» وسياقه وهو قوله «ولا صلحاً ولا اعترافاً» يدلان على ذلك، لأن معناه عن عمد وعن صلح وعن اعتراف، وعلى هذا فقوله بعد هذا **(ولا تعقل العاقلة جناية العبد)** إضافة المصدر إلى فاعله. وأما إذا جنى الحرّ على العبد فقتله خطأ كانت على العاقلة. وقوله: **(والإقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم)** إلا أن في الإقرار تجب الدية في ثلاث سنين، وفي الصلح عن العمد يجب المال حالاً إلا إذا شرط الأجل في الصلح فيكون مؤجلاً. وقوله: **(ففي الثابت بالإقرار أولى)** يريد أن الثابت بالبينة أولى منه بالإقرار، لأن الثابت بها كالثابت معاينة. وفي القتل معاينة الدية إنما تجب بقضاء القاضي فهذا أولى. وقوله: **(وتصادقهما حجة في حقهما)** لأن أحد المتصادقين وليّ القتيل، ومن زعمه أن الدية إنما وجبت لا على المقرّ فإقراره حجة على نفسه. وقوله: **(بخلاف الأول)** أراد به قوله والإقرار والصلح لا يلزمان

عمداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ولا ما جنى المملوك» قال محمد: أفلا ترى أنه قد جعل الجناية جناية المملوك قوله: **(وأجيب بأن عقلته يستعمل الخ)** أقول: فيه بحث، إذ يجوز أن يكون المعنى: لا تعقل العاقلة من قتل عمداً، ولا من صولح عن دمه، ولا من اعترف بقتله فإن الخصم يذهب إلى أن المعنى ذلك قوله: **(وفي القتل معاينة الدية)** أقول: ليس كلام المصنف في الدية بل في التأجيل كما لا يخفى، ولعل الأولى أن يقال: إذا ثبت القتل الخطأ بالبينة تلزم الدية العاقلة، ومع هذا يؤجل إلى ثلاث سنين تحقيقاً للتخفيف، ففي الثابت بالإقرار أولى أن يؤجل للتخفيف، لأن الوجوب حينئذٍ على المقر وحده دون العاقلة فليتأمل قوله: **(فيفهم من هذا أنه يلزم موجب الإقرار الخ)** أقول الفهم منه بعيد، ولعل المراد به قوله ومن أقر بقتل خطإ إلى قوله قضى عليه بالدية في ماله قوله: **(أجيب بأن هذا يستقيم فيما إذا كان أصله ديناً لدفع التوى الخ)** أقول: قوله لدفع متعلق بقوله يستقيم.

---

(١) تقدم قبل حديث واحد. وهو موقوف.

(٢) هو المتقدم قبل حديثين موقوف، ولا أصل له مرفوعاً

(إلا أن يكون له عطاء معهم فحينئذٍ يلزمه بقدر حصته) لأنه في حق حصته مقرّ على نفسه وفي حق العاقلة مقرّ عليهم. قال: **(وإذا جنى الحرّ على العبد فقتله خطأ كان على عاقلته قيمته)** لأنه بدل النفس على ما عرف من أصلنا. وفي أحد قولي الشافعي تجب في ماله لأنه بدل المال عنده ولهذا يوجب قيمته بالغة ما بلغت، وما دون النفس من العبد لا تتحمله العاقلة لأنه يسلك به مسلك الأموال عندنا على ما عرف، وفي أحد قوليه العاقلة تتّحمله كما في

معناه لا تعقل العاقلة من قتل عمداً بصيغة المجهول، ومن صولح عن دمه ومن اعترف بقتله على صيغة المجهول أيضاً فيؤول المعنى في الكل إلى معنى عقلت القتيل لا إلى معنى عقلت عن فلان فلا يتم الجواب إلزاماً قوله: **(لأن التأجيل من وقت القضاء في الثابت بالبينة ففي الثابت بالإقرار أولى)** قال صاحب العناية: يريد أن الثابت بالبينة أقوى منه بالإقرار، لأن الثابت بها كالثابت معاينة، وفي القتل معاينة الدية إنما تجب بقضاء القاضي فهذا أولى انتهى. وردّ عليه بعض الفضلاء حيث قال: ليس كلام المصنف في الدية بل في التأجيل كما لا يخفى، وقال: ولعل الأولى أن يقال: إذا ثبت القتل الخطأ بالبينة يلزم الدية على العاقلة ومع هذا يؤجل إلى ثلاث سنين تحقيقاً للتخفيف، ففي الثابت بالإقرار أولى يؤجل للتخفيف لأن الوجوب حينئذٍ على المقر وحده دون العاقلة فليتأمل انتهى. أقول: ليس ما قاله بسديد، إذ ليس كلام المصنف هنا أصالة في الدية ولا في التأجيل نفسه، لأن وجوب الدية بطريق التأجيل في القتل الخطإ، إذ قد علم في كتاب الجنايات وفي كتاب الديات وفيما مرّ غير مرة في كتاب المعاقل، وإنما الكلام ها هنا أصالة في كون التأجيل من وقت القضاء دون وقت الإقرار، ولهذا قصر المصنف البيان عليه في تعليل هذه المسألة، وما ذكره ذلك البعض بقوله ولعل الأولى أن يقال الخ إنما يفيد كون الدية مؤجلة إلى ثلاث سنين في هذه المسألة، لا كون التأجيل فيها من وقت القضاء دون وقت الإقرار، والمقصود بالبيان هنا هو الثاني دون الأول. وأما ما ذكره صاحب العناية فيفيد الثاني لأنه قال: وفي القتل معاينة إنما تجب الدية بقضاء القاضي فهذا أولى، وهذا يثبت كون التأجيل من وقت القضاء دون وقت الإقرار، لأن وجوب الدية إذا كان بقضاء القاضي فلا جرم لا يتحقق وجوبها قبل قضاء القاضي وتأجيل الدية فرع وجوبها لا محالة، إنما يتصوّر التأجيل من وقت القضاء لا قبله. وعن هذا قال في المبسوط كما نقل عنه في النهاية. والتأجيل فيه من وقت القضاء لا من وقت الإقرار، لأن الثابت بالإقرار بالقتل لا يكون أقوى من الثابت بالمعاينة، وفي القتل المعاين الدية إنما تجب بقضاء القاضي فهنا أولى انتهى قوله: **(وما دون النفس من العبد لا تتحمله العاقلة لأنه يسلك به مسلك الأموال عندنا على ما عرف)** أقول: فيه كلام، وهو أنه إن كان مراد المصنف بقوله على ما عرف ما ذكره في باب القصاص فيما دون النفس في تعليل أن لا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس ولا بين الحرّ والعبد ولا بين العبدين عندنا بقوله ولنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة، كما صرح به صاحب الغاية حيث قال هنا: لنا أن الأطراف

العاقلة فيفهم من هذا أنه يلزم موجب الإقرار في مال المقرّ وإنما وجبت الدية هناك في مال المقرّ لأن هنالك لم يوجد تصادقهما بقضاء الدية على العاقلة فيجب في مال المقرّ ضرورة. فإن قيل: لما كان أصل الوجوب عليه وقد تحوّل بزعمه إلى عاقلته بقضاء القاضي، فإذا توى على العاقلة بجحودهم عاد الدين إلى ذمة المحيل. أجيب بأن هذا يستقيم فيما إذا كان أصله ديناً لدفع التوى عن مال المسلم، وهذا ليس كذلك فإنه صلة شرعت صيانة لدم المقتول عن الهدر، فبعد ما تقرر على العاقلة بقضاء القاضي لا يتحوّل إليه بحال سواء استوفى من العاقلة أو لم يستوف. وقوله: **(وقد مرّ من قبل)** أي في أول فصل بعد باب جناية المملوك. وقوله: **(قال أصحابنا رحمهم الله: إن القاتل إذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال)** يعني إذا كان القاتل مسلماً بدليل قوله لأن جماعة المسلمين هم أهل النصرة، والنصرة بالولاية وهي منقطعة بيننا وبينهم، والباقي ظاهر. وقوله: **(ثم أديت الكتابة)** أي فإنه حينئذٍ يرجع قوم الأم على الأب وقوله: **(والأصل الذي يخرّج عليه أن يقال حال القاتل إذا تبدّل حكماً فانتقل ولاؤه إلى ولاء بسبب حادث لم تنتقل جنايته عن الأول قضى بها القاضي أو لم يقض)** كالمولود بين عبد

الحرّ وقد مرّ من قبل. قال أصحابنا: إن القاتل إذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال لأن جماعة المسلمين هم أهل نصرته وليس بعضهم أخص من بعض بذلك، ولهذا لو مات كان ميراثه لبيت المال فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال. وعن أبي حنيفة رواية شاذة أن الدية في ماله، ووجهه أن الأصل أن تجب الدية على القاتل لأنه بدل متلف والإتلاف منه، إلا أن العاقلة تتحملها تحقيقاً للتخفيف على ما مر. وإذا لم يكن له عاقلة عاد الحكم إلى الأصل **(وابن الملاعنة تعقله عاقلة أمه)** لأن نسبه ثابت منها دون الأب **(فإن عقلوا عنه ثم ادعاه الأب رجعت عاقلة الأم بما أدت على عاقلة الأب في ثلاث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الأم على عاقلة الأب)** لأنه تبين أن الدية واجبة عليهم، لأن عند الإكذاب ظهر أن النسب لم يزل كان ثابتاً من الأب حيث بطل اللعان بالإكذاب، ومتى ظهر من الأصل فقوم الأم تحملوا ما كان واجبا على قوم الأب فيرجعون عليهم لأنهم مضطرون في ذلك، وكذلك إن مات المكاتب عن وفاء وله ولد حر فلم يؤدّ كتابته حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم أمه ثم أديت الكتابة لأنه عند الأداء يتحول ولاؤه إلى قوم أبيه من وقت حرية الأب وهو آخر جزء من أجزاء حياته فيتبين أن قوم الأم عقلوا عنهم فيرجعون عليهم، وكذلك رجل أمر صبيا بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلة الصبي الدية رجعت بها على عاقلة الآمر إن كان الأمر ثبت بالبينة، وفي مال الآمر إن كان ثبت بإقراره في ثلاث سنين من يوم يقضي بها القاضي على الآمر، أو على عاقلته لأن الديات تجب مؤجلة بطريق التسير. قال رضي الله عنه: ها هنا عدّة مسائل ذكرها محمد متفرّقة. والأصل الذي يخرّج عليه أن يقال: حال القاتل إذا تبدل حكماً فانتقل ولاؤه إلى ولاء بسبب أمر حادث لم تنتقل جنايته عن الأول قضى بها أو لم يقض، وإن ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاعنة حوّلت الجناية إلى الأخرى

يسلك بها مسلك الأموال، ولهذا لا يجري القصاص في العمد بين طرف الحرّ والعبد فلا تتحمله العاقلة كطرف البهيمة، وقد مرّ ذلك في باب القصاص فيما دون النفس، وهذا معنى قوله على ما عرف انتهى. ينتقض حينئذٍ ما ذكره في تعليل مسألتنا هذه بتحمل العاقلة ما دون النفس من الحر إلى ما دون نصف عشر الدية، فإن الدليل المذكور هنا يجري هناك أيضاً مع تخلف الحكم عنه وإن كان مراده به ما ذكره في فصل بعد باب جناية المملوك من أن المعتبر فيما دون النفس من العبد هي المالية دون الآدمية، بخلاف النفس من العبد فإن المعتبر في إتلافها هي الآدمية دون المالية عندنا جاز أن لا ينتقض ما ذكره هنا بتحمل العاقلة ما دون النفس من الحرّ ما دون نصف عشر الدية، إذ لم يصرح أحد بسقوط اعتبار الآدمية في أطراف الحرّ بالكلية، إلا أنه لا يتم الدليل المذكور هنا حينئذٍ على أصل أبي حنيفة، فإنه يعتبر المالية والآدمية معاً في أطراف العبد، وإنما يتم هذا على أصل أبي يوسف ومحمد فإنهما لا يعتبران الآدمية فيها بالكلية، وقد مر ذلك كله في الفصل المزبور في بيان مسألة من فقأ عيني عبد إنسان، والمسألة التي نحن فيها متفق عليها بين أئمتنا فلا معنى لأن يبنى دليلها على أصل بعض منهم دون بعض، وبالجملة لا يخلو

وحرّة إذا جنى ثم أعتق العبد لا تتحوّل الجناية عن عاقلة الأم لأن ها هنا تبدّل حاله بأن انتقل ولاؤه عن موالي الأم إلى موالي الأب، وكالغلام إذا حفر بئراً قبل أن يعتق أبوه ثم سقط في البئر رجل بعد ما أعتق أبوه فإن القاضي يقضي بالدية على عاقلة الأم ولا يجعل على عاقلة الأب من ذلك شيئاً، لأن الحادث بعد الحفر ولاء العتاقة فيعتبر بالملك الحفر لو وجد في ملك ثم حدث فيه ملك آخر للغير قبل الوقوع فإن الجناية لا تتحوّل إلى الملك الحادث بل تبقى في الملك الذي وجد فيه الحفر، فإن العبد إذا حفر بئر في طريق المسلمين بغير إذن مولاه فقبل أن يبق فيه إنسان باعه ثم وقع في ملك المشتري إنسان فمات فالضمان على البائع لا على المشتري، لأن ملك المشتري حادث بعد الحفر فكذا الولاء الحادث بعد الحفر يعتبر به فلا تتحوّل الجناية وإن ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاعنة حوّلت الجناية إلى الأخرى وقع القضاء بها أو لم يقع، وقد ذكر صورته في الكتاب، وكما إذا مات المكاتب عن ولد حرّ ووفاء فلم يؤدوا مكاتبته حتى جنى ابنه وهو من امرأة حرّة مولاة لبني تميم والمكاتب لرجل من همدان فعقل عنه جنايته قوم أمه ثم أدّيت الكتابة فإن عاقلة الأم يرجعون بما أدوا على عاقلة الأب، لأن عتق المكاتب عند أداء البدل يستند إلى حال حياته، فتبين أنه كان للولد ولاء من جانب الأب حين جنى وأن موجب

وقع القضاء بها أو لم يقع، ولو لم يختلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء، فإن كان قضي بها على الأولى لم تنتقل إلى الثانية، وإن لم يكن قضي بها على الأولى فإنه يقضي بها على الثانية، وإن كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة أو نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده إلا فيما سبق أداؤه فمن أحكم هذا الأصل متأملاً يمكنه التخريج فيما ورد عليه من النظائر والأضداد.

المقام على كل حال عن نوع من الاضطراب كما ترى قوله: **(وفي أحد قوليه تتحمله كما في الحرّ وقد مرّ من قبل)** قال صاحب الغاية: أي في أول فصل بعد باب جناية المملوك، واقتفى أثره في هذا التفسير صاحب العناية والشارح العيني ولم يتعرض لتفسير ذلك أصلاً سائر الشراح. أقول: لو كان مراد المصنف بقوله وقد مرّ من قبل ما فسره به هؤلاء الشراح الثلاثة كانت حوالته هنا غير رائجة قطعاً، إذا لم يذكر في ذلك الفصل تحمل العاقلة ما دون النفس ولا تحملها دية النفس لا عند الشافعي ولا عندنا كما لا يخفى على من تتبع مسائل ذلك الفصل برمتها.

جنايته على موالي أبيه فلذلك يرجعون على موالي الأب ولو لم يختلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء كما ذكر في الكتاب في صورة تحويل الديوان من الكوفة إلى البصرة من قبل، وإن كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة أو نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده، كما إذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم وبعد أخذ البعض منهم ضم إليهم أقرب القبائل نسباً وقد تقدم. وقوله: **(إلا فيما سبق أداؤه)** استثناء من قوله اشتركوا: يعني لا يشتركون فيه بل يقع ذلك من الذين أدوا قبل ضم أقرب القبائل إليهم.

كتاب الوصايا

. . . .

كتاب الوصايا

قال الشراح: إيراد كتاب الوصايا في آخر الكتاب ظاهر المناسبة، لأن آخر أحوال الآدمي في الدنيا الموت، والوصية معاملة وقت الموت. أقول: يرد عليه أن كتاب الوصايا ليس بمورد في آخر هذا الكتاب، وإنما المورد في آخره كتاب الخنثى كما ترى. نعم إن كثيراً من أصحاب التصانيف أوردوه في آخر كتبهم، لكن الكلام في شرح هذا الكتاب. ويمكن الجواب من قبل الشارح بحمل الآخر في قولهم في آخر الكتاب على الإضافي، فإن آخره الحقيقي وإن كان كتاب الخنثى إلا أن كتاب الوصايا أيضاً آخره بالإضافة إلى ما قبله حيث كان في قرب آخره الحقيقي، وعن هذا ترى القوم يقولون وقع هذا في أوائل كذا وأواخره، فإن صيغة الجمع لا تتمشى في الأول الحقيقي والآخر الحقيقي. وإنما المخلص من ذلك تعميم الأول والآخر للحقيقي والإضافي، ويمكن أن يقال أيضاً: لما كان ما ذكره في كتاب الخنثى نادراً من حيث الوقوع ومن حيث المسائل أيضاً جعلوه في حكم العدم واعتبروا كتاب الوصايا آخر الكتاب. ثم إن الوصية في اللغة اسم بمعنى المصدر الذي هو التوصية، ومنه قوله تعالى: ﴿حين الوصية﴾ المائدة (١٠٦) ثم سمي الموصى به وصية، ومنه قوله تعالى: ﴿من بعد وصية توصون بها﴾ النساء (١٢) وفي الشريعة: تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرّع، سواء كان ذلك في الأعيان أو في المنافع، كذا في عامة الشروح.

قال بعض المتأخرين: ثم الوصية والتوصية وكذا الإيصاء في اللغة: طلب فعل من غيره ليفعله في غيبته حال حياته أو بعد وفاته. وفي الشريعة: تمليك مضاف إلى ما بعد الموت على سبيل التبرّع عيناً كان أو منفعة، هذا هو التعريف المذكور في عامة الكتب، والوصية بهذا المعنى هي المحكوم عليها بأنها مستحبة غير واجبة، وأن القياس يأبى جوازها، فعلى هذا يكون بعض المسائل مثل مسألة الوصية بحقوق الله تعالى وحقوق العباد. والمسائل المتعلقة بالوصي مذكورة في كتاب الوصايا بطريق التطفل، لكن التحقيق أن هذه الألفاظ كما أنها موضوعة في الشرع للمعنى المذكور موضوعة فيه أيضاً لطلب شيء من غيره ليفعله بعد مماته فقط، نقل هذا عن مبسوط شيخ الإسلام خواهر زاده، لكن يشترط استعمال لفظ الإيصاء باللام في المعنى الأول وبإلى في المعنى الثاني، فحينئذٍ يكون ذكر المسائل المذكورة على أنها من فروع المعنى الثاني لا على سبيل التطفل، إلى هنا لفظه. أقول: ما عده تحقيقاً ليس بشيء، أما أولاً فلأنّ التي تكون من فروع المعنى الثاني من المسائل المذكورة إنما هي المسائل المتعلقة بالوصيّ دون مسائل الوصية المتعلقة بحقوق الله تعالى وحقوق العباد، فإن استعمال لفظ الإيصاء فيها باللام لا بإلى، يقال أوصى لحقوق الله تعالى أو لحقوق العباد ولا يقال أوصى إليها كما لا يخفى، فبقي أمر التطفل في حق تلك المسائل من المسائل التي ذكرها من قبل إذ لم يشملها شيء من المعنيين المذكورين قط. وأما ثانياً فلأن مسائل التبرعات الواقعة من الإنسان في مرض موته بطريق التنجيز مذكورة أيضاً في كتاب الوصايا، ومنها باب العتق في المرض كما سيجيء في الكتاب، ولا ريب في عدم شمول شيء من المعنيين المذكورين شيئاً من تلك المسائل، فبقي أمر التطفل في حق تلك المسائل كلها بالنظر إلى ذينك المعنيين معاً، فمن أي كان ارتكاب جمعها في لفظ واحد بتأويل بعيد مع عدم

كتاب الوصايا

كتاب الوصايا

. . . .

عموم المشترك عندنا حقيقياً بأن يعدّ تحقيقاً كما زعمه ذلك القائل. ثم أقول: الوجه في التفصي عن أمر التطفل في حق المسائل التي ذكرها ذلك القائل حمل معنى الوصية شريعة على ما ذكره صاحب البدائع حيث قال: وأما بيان معنى الوصية فالوصية اسم لما أوجبه الموصي في ماله بعد موته. ويقرب منه ما ذكره صاحب الوقاية حيث قال: هي إيجاب بعد الموت فإنهما يشملان تلك المسائل جملة كما لا يخفى على المتأمل، والوجه في التفصي عن أمر التطفل في حق مسائل كتاب الوصايا كلها من المعلقات والمنجزات حمل معنى الوصية شريعة على ما نقله صاحب النهاية عن الإيضاح حيث قال: ذكر في الإيضاح: الوصية ما أوجبها الموصي في ماله بعد موته أو مرضه الذي مات فيه انتهى. فإنه يشمل جميع ما ذكر في كتاب الوصايا كما لا يخفى على ذي مسكة. ثم إن سبب الوصية سبب سائر التبرعات، وهو إرادة تحصيل ذكر الخير في الدنيا ووصول الدرجات العالية في العقبى. وشرائطها: كون الموصي أهلاً للتبرع، وأن لا يكون مديوناً، وكون الموصى له حياً وقت الوصية، وإن لم يكن مولوداً، حتى إذا أوصى للجنين إذا كان موجوداً حياً عند الوصية يصح وإلا فلا، وإنما تعرف حياته في ذلك الوقت بأن ولد قبل ستة أشهر حياً، وكونه أجنبياً حتى أن الوصية للوارث لا تجوز إلا بإجارة الورثة، وأن لا يكون قاتلاً وكون الموصى به شيئاً قابلاً للتمليك من الغير بعقد من العقود حال حياة الموصي سواء كان موجوداً في الحال أو معدوماً، وأن يكون بمقدار الثلث حتى أنها لا تصح فيما زاد على الثلث، كذا في النهاية وفي العناية أيضاً بطريق الإجمال. أقول: فيه قصور. بل خلل. أما أوّلاً فلأنه جعل من شرائطها أن لا يكون الموصي مديوناً بدون التقييد بأن يكون الدين مستغرقاً لتركته، والشرط عدم هذا الدين المقيد دون عدم الدين المطلق كما صرح به في البدائع وغيره. وأما ثانياً فلأنه جعل من شرائطها كون الموصي حياً وقت الوصية، والشرط كونه موجوداً وقت الوصية لا كونه حياً فيه، ألا يرى أنهم جعلوا الدليل عليه الولادة قبل ستة أشهر حياً، وتلك إنما تدل على وجود الجنين وقت الوصية لا على حياته في ذلك الوقت كما لا يخفى على العارف بأحوال الجنين في الرحم وبأقل مدة الحمل وعن هذا كان المذكور في عامة المعتبرات عند بيان هذا الشرط أن يكون الموصي له موجوداً وقت الوصية بدون ذكر قيد الحياة أصلاً، وأما ثالثاً فلأنه جعل من شرائطها أن يكون الموصي به مقدار الثلث لا زائداً عليه، وهو ليس بسديد على إطلاقه فإن الموصي إذا ترك ورثة فإنما لا تصح وصيته بما زاد على الثلث إن لم تجزه الورثة، وإن أجازوه صحت وصيته به. وأما إذا لم يترك وارثاً فتصح وصيته بما زاد على الثلث حتى بجميع ماله عندنا كما تقرّر في موضعه فلا بد من التقييد مرتين: مرّة بأن يكون له وارث، وأخرى بأن لا يجيزه الوارث.

باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعاً عنه

قال: **(الوصية غير واجبة وهي مستحبة)** والقياس يأبى جوازها لأنه تمليك مضاف إلى حال زوال مالكيته، ولو أضيف إلى حال قيامها بأن قيل ملكتك غدا، كان باطلاً فهذا أولى، إلا أنا استحسناه لحاجة الناس إليها، فإن

باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعاً عنه

قال بعض المتأخرين في حل هذا التركيب: أي ما يجوز منه وما لا يجوز، وما يستحب منه وما لا يستحب. وقال: ثم ظاهر الإبدال يفيد أن المراد ببيان صفة الوصية بيان ما يجوز منه وما يستحب منه، لكن الظاهر كما صرحوا به أن المراد به ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة، فالأولى إيراده بالواو العاطفة انتهى. أقول: فيه خلل فاحش. أما أولاً فلأنه سلك مسلك التقدير في قول المصنف ما يجوز من ذلك وما يستحب منه حيث قال: أي ما يجوز منه وما لا يجوز وما يستحب منه وما لا يستحب. ولا يذهب عليك أن ذاك التقدير إن صح في قوله ما يجوز من ذلك لا يصح في قوله وما يستحب منه، إذ ليس في جنس الوصية ما يخلو عن الجواز وعدمه لكونهما نقيضين لا يرتفعان عن شيء، فلم يبق من جنس الوصية شيء يغاير ما يجوز منه وما لا يجوز حتى يصلح ذلك لأن يذكر بعدهما، فإن قيد كل واحد منهما بشيء يخرج منه ما يستحب منه لا يبقى من ذلك شيء يغاير ما يجوز منه وما لا يجوز وما يستحب منه حتى يندرج فيما لا يستحب منه فيصح تقديره. لا يقال: المراد بالجواز تساوي الطرفين وبعدم الجواز عدم صحة طرف الفعل أصلاً مجرد رفع التساوي حتى يكونا من قبيل النقيضين فيبقى الاستحباب والوجوب واسطة بينهما، ويجوز أن يكون المراد بما لا يستحب منه ما هو الواجب منه. لأنا نقول: نفي الاستحباب يعم الجواز والوجوب وعدم صحة طرف الفعل أصلاً، فمن أين يدل ما لا يستحب منه على ما هو الواجب منه فقط حتى يجوز أن يراد به ذلك. ولئن سلم جوار إرادة ذلك به يفسد معنى المقام إذ يلزم حينئذٍ أن يدرج في عنوان الباب ما هو الواجب من الوصية فيخالف ما ذكره في أول الباب من أن الوصية غير واجبة وهي مستحبة. وبالجملة لم

باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعاً عنه

إيراد كتاب الوصايا في آخر الكتاب ظاهر المناسبة، لأن آخر أحوال الآدمي في الدنيا الموت، والوصية معاملة وقت الموت وله زيادة اختصاص بكتاب الجنايات والديات لما أن الجناية قد تفضي إلى الموت الذي وقته وقت الوصية. والوصية اسم بمعنى المصدر، ثم سمي الموصي به وصية، وهي في الشريعة تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع، وسببها سبب التبرعات وشرائطها كون الموصي أهلاً للتبرّع، وأن لا يكون مديوناً، وكون الموصى له حياً وقت الوصية وإن لم يولد، وأجنبياً عن الميراث، وأن لا يكون قاتلاً، وكون الموصى به بعد موت الموصي شيئاً قابلاً للتمليك من الغير بعقد من العقود حال حياة الموصي سواء كان موجوداً في الحال أو معدوماً، وأن يكون بمقدار الثلث. وركنها أن يقول: أوصيت بكذا لفلان وما يجري مجراه من الألفاظ المستعملة فيها. وأما حكم الوصية ففي حق الموصى له أن يملك الموصى به ملكاً جديداً كما في الهبة وفي حق الموصي إقامة الموصى له فيما أوصى به مقام نفسه كالوارث. وصفتها ما ذكره بقوله: **(الوصية غير واجبة وهي مستحبة)** فقوله غير واجبة ردّ لقول من يقول: إن الوصية للوالدين والأقربين إذا كانوا ممن لا يرثون فرض، ولقول من

باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعاً عنه

قوله: **(وسببها سبب التبرعات)** أقول: وهو طلب زيادة الزلفى في العقبى كما مر في الوقف قوله: **(وشرائطها كون الموصي أهلاً للتبرع وأن لا يكون مديوناً)** أقول: أي ديناً مستغرقاً لتركته قوله: **(وأجنبياً عن الميراث)** أقول: أي وقت الموت قوله: **(وأن لا يكون قاتلاً)** أقول: قال في البدائع: وأن لا يكون حربياً غير مستأمن، فإن كان لا تصح الوصية له من مسلم أو ذمي.

الإنسان مغرور بأمله مقصر في عمله، فإذا عرض له المرض وخاف البيات يحتاج إلى تلافي بعض ما فرط منه من التفريط بماله على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصده المآلي، ولو أنهضه البرء يصرفه إلى مطلبه الحالي، وفي شرع

يوجد لما ارتكبه محمل صحيح قط. فالصواب أن لا تقدير في شيء من كلام المصنف ها هنا، فإن صفات الوصية الشرعية هي الجواز والاستحباب والرجوع عنها: أي كونها مرجوعاً عنها، وهذه الصفات كلها حاصلة مما ذكره في عنوان الباب صراحة فلا حاجة إلى تقدير شيء أصلاً حتى عدم الجواز فإنه صفة للوصية الغير الشرعية، وعنوان الباب إنما كان في صفة الوصية الشرعية. نعم قد يذكر في أثناء مسائل الباب ما لا يجوز من الوصايا، لكن لأجل إزالة أن يتوهم كونه من الوصايا الجائزة الشرعية، لا لأنه مقصود بالبيان بالذات كما هو الحال في مسائل سائر الكتب. وأما ثانياً فلأن قوله لكن الظاهر كما صرحوا به أن المراد ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة ليس بسديد، إذ لا نسلم أن الظاهر ذلك، ولا نسلم أن أحداً سواه صرح به، وإنما الذي صرحوا به أن صفة الوصية في الشرع ما ذكره المصنف بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة، لا أن مراد المصنف بالصفة في قوله باب في صفة الوصية هو الذي ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة؛ ألا يرى أنهم إنما ذكروا ما صرحوا به عند بيان متعلقات الوصية من سببها وشرائطها وركنها وحكمها وصفتها لا عند شرح قول المصنف باب في صفة الوصية الخ وكم بين المقامين؟ وأما ثالثاً فلأن قوله فالأولى إيراده بالواو العاطفة لا يكاد يصح إذ لو أورده المصنف بالواو العاطفة على فرض أن يكون المراد بالصفة في قوله باب في صفة الوصية ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة كما زعمه القائل لصار معنى الكلام باب في صفة الوصية أي فيما يستحب منها وفيما يجوز من ذلك وما يستحب منه، فيصير قوله وما يستحب منه لغواً من الكلام لكونه تكراراً محضاً فكأن هذا القائل نسي قول المصنف وما يستحب منه عند كتب قوله فالأولى إيراده بالواو العاطفة ولعمري إنه عجيب من مثله قوله: **(الوصية غير واجبة وهي مستحبة)** أقول: الحكم بالاستحباب على الوصية مطلقاً لا يناسب ما مرّ آنفاً في عنوان الباب من قوله ما يجوز من ذلك وما يستحب منه، ولا ما سيأتي في الكتاب من أن الوصية بالثلث للأجنبي جائزة وبدون الثلث مستحبة إن كانت الورثة أغنياء أو يستغنون بنصيبهم، وإن كانوا فقراء لا يستغنون بما يرثون فترك الوصية أولى، فكان الظاهر أن يقال: الوصية غير واجبة بل هي مستحبة أو جائزة، اللهم إلا أن يوجه قوله وهي مستحبة بأن المراد به أن غاية أمرها الاستحباب دون الوجوب لا أنها مستحبة على الإطلاق، فكأنه قال: إنها لا تصل إلى مرتبة الوجوب بل قصارى أمرها الاستحباب، لكن يرد عليه النقض بالوصية لحقوق الله تعالى كالصلاة والزكاة والصوم والحج التي فرّط فيها، إذ الظاهر أنها واجبة كما صرح به الإمام الزيلعي في التبيين. قال في العناية أخذاً من النهاية: قوله غير واجبة ردّ لقول من يقول: إن الوصية للوالدين والأقربين إذا كانوا ممن لا يرثون فرض، ولقول من يقول: الوصية واجبة على كل أحد ممن له ثروة ويسار لقوله تعالى: ﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين﴾ البقرة (١٨٠) والمكتوب علينا فرض، ولما لم يفهم الاستحباب من نفي الوجوب لجواز الإباحة قال: وهي مستحبة انتهى. أقول: في قوله غير واجبة ردّ لقول من يقول: إن الوصية للوالدين والأقربين إذا كانوا ممن لا

يقول: الوصية واجبة على كل أحد ممن له ثروة ويسار لقوله تعالى ﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين﴾ والمكتوب علينا فرض، ولما لم يفهم الاستحباب من نفي الوجوب لجواز الإباحة قال: وهي مستحبة. والقياس يأبى جوازها لأنه تمليك مضاف إلى حال زوال مالكيته، ولو أضافه إلى حال قيامها بأن قال ملّكتك غداً كان باطلاً فهذا أولى، إلا أنا استحسناه لحاجة الناس إليها، إلى آخر ما ذكر في الكتاب. وقوله: **(ومثله في الإجارة بيناه)** في

قوله: **(إذا كانوا ممن لا يرثون)** أقول: بسبب الكفر أو الرق.

الوصية ذلك فشرعناه، ومثله في الإجارة بيناه، وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين، وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى: ﴿**من بعد وصية يوصي بها أو دين**﴾ والسنة وهو قول النبي عليه الصلاة والسلام «إن الله تعالى تصدّق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة لكم في أعمالكم تضعونها حيث

يرثون فرض نظر، لأن الفرض غير الواجب عندنا، إذ الفرض ما ثبت بدليل قطعي والواجب ما ثبت بدليل ظني كما تقرر في علم الأصول، فلا يلزم من من كون الوصية غير واجبة كونها غير فرض فكيف يحصل الردّ بقوله الوصية غير واجبة لقول من يقول: إنها فرض في حق الوالدين والأقربين، بل الظاهر أن الردّ لقول ذلك إنما يحصل بقوله وهي مستحبة. ثم إن في أسلوب تحريره سماجة ظاهرة إذ الظاهر من تأخير قوله لقوله تعالى: ﴿كتب عليكم﴾ البقرة (١٨٠) الخ عن مجموع القولين أن تكون الآية المذكورة دليلاً عليهما، بل المتبادر أن تكون دليلاً على قربتها، ولا يخفى أنها لا تصلح لأن تكون دليلاً على القول الثاني، وصاحب النهاية وإن شاركه في تأخير ذكر الدليل المذكور عن مجموع القولين المزبورين إلا أنه ذكر دليلاً آخر بعده من السنة حيث قال: وقال عليه الصلاة والسلام «لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر إذا كان له مال يريد الوصية فيه أن يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه»[1] انتهى. فجاز أن يجعل الدليل الأول دليلاً على القول الأول، والدليل الثاني على القول الثاني بطريق التوزيع على اللفّ والنشر المرتب. وأما صاحب الغاية فقد قصر الذكر على دليل واحد فقصر. ثم اعلم أن الجواب عن كل واحد من دليلي الخصمين مستقصى ومستوفى في النهاية وغيرها فلا علينا أن لا نذكره ها هنا قوله: (**وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين**) قال صاحب العناية: قوله وقد تبقى المالكية بعد الموت جواب عن وجه القياس، واقتفى أثره الشارح العيني. أقول: فيه بحث، إذ لا يصلح الجواب عن وجه القياس المذكور بمجرد بقاء المالكية بعد الموت، فإنه قال في وجه القياس: ولو أضيف إلى حال قيامها بأن قال ملكتك غداً كان باطلاً فهذا أولى، فاللازم من بقاء المالكية بعد الموت انتفاء أولوية البطلان لا انتفاء نفس البطلان فلا يجدي نفعاً، اللهم إلا أن يتمحل بأن يقال: معنى كونه جواباً عن وجه القياس مجرد تضمنه قدح مقدمة مذكورة فيه وهي قوله لأنه تمليك مضاف إلى حال زوال مالكيته لا كونه جواباً قاطعاً له عن عرقه. والأوجه أن يكون هذا الكلام مجرد تتميم لوجه الاستحسان، فإنه لما كان في تجوز تمليك مضاف إلى حال زوال المالكية نوع استبعاد

أنها عقد يأبى القياس جوازها لكونها مضافة إلى زمان في المستقبل، وكان جوازه بالاستحسان لحاجة الناس إليه. وقوله: (**وقد تبقى المالكية بعد الموت**) جواب عن وجه القياس. وقوله: (**وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى:** ﴿**من بعد وصية يوصي بها أو دين**﴾ **إلى آخر ما ذكر**) بيان لوجه الاستحسان. وقد استدل أبو بكر الرازي رحمه الله على نسخ قوله تعالى ﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت﴾ بهذه الآية، وقد ذكره الإمام المحقق فخر الإسلام في أصوله وقررناه في التقرير بأن الله تعالى رتب المواريث على وصية نكرة والوصية الأولى كانت معهودة فإنها الوصية للوالدين، فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لرتب هذه الوصية عليها، وبين بأن هذا المقدار بعد المقدار المفروض، لأن المحل محل بيان ما فرض للوالدين، وحيث رتبها على وصية منكرة دل على أن الوصية المفروضة لم تبق لازمة بل بعد أيّ وصية كانت نصيبهما ذلك المقدار،

---

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٨٣٨ ومسلم ١٦٢٧ وأبو داود ٢٨٦٢ والترمذي ٩٧٤ و ٢١١٨ والنسائي ٨/ ٢٣٩ وابن ماجه ٢٦٩٩ ومالك ٢/ ٧٦١ وأحمد ٢/ ١٠ . ٥٠ . ١١٣ والدارمي ٢/ ٤٠٢ وابن الجارود ٩٤٦ وابن حبان ٦٠٢٣ والدارقطني ٤/ ١٥٠ ـ ١٥١ والبغوي ١٤٥٧ والبيهقي ٦/ ٢٧١ ـ ٢٧٢ من طرق كلهم عن نافع عن ابن عمر مرفوعاً: «ما حقُّ امرىء مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده»
هذا لفظ البخاري. ومسلم وغيرهما. وأخرجه مسلم ١٦٢٧ والنسائي ٨/ ٢٣٩ وعبد الرزاق ١٦٣٢٦ وأحمد ٢/ ٤ وابن حبان ٦٠٢٥ كلهم عن الزهري عن سالم عن ابن عمر مرفوعاً إلا أن فيه «ثلاث ليالٍ»
تنبيه: وأما سياق صاحب شرح الهداية فهو غريب.
ذكره ابن عبد البر من طريق ابن عون، وكذا الطحاوي وذكر النسائي إسناده فقط دون لفظه، وقال ابن عبد لبر: لم يتابع ابن عون على لفظ «لا يحل..» اهـ ذكره الآبادي في تعليقه على الدارقطني ٤/ ١٥١ قلت: ورواية للدارقطني: ما ينبغي لرجل.. الحديث.

شئتم» أو قال «حيث أحببتم»[1] وعليه إجماع الأمة. ثم تصح للأجنبي في الثلث من غير إجازة الورثة لما روينا، وسنبين ما هو الأفضل فيه إن شاء الله تعالى. قال: **(ولا تجوز ما زاد على الثلث)** لقول النبيّ عليه الصلاة والسلام في حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه «الثلث والثلث كثير» بعد ما نفى وصيته بالكل والنصف، ولأنه حق

لكونه التمليك فرع بقاء الملك تدارك دفعه بأن قال: إن المالكية لا تزول عن الإنسان بالكلية بعد الموت، بل تبقى مالكيته بعده في حق ما يحتاج إليه كما في قدر التجهز والدين ومنه الوصية بقدر الثالث قوله: **(وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصي بها أو دين﴾)** النساء (١١) قال صاحب العناية: وقد استدل أبو بكر الرازي على نسخ قوله تعالى: ﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين﴾ البقرة (١٨٠) بهذه الآية، وقد ذكره الإمام المحقق فخر الإسلام في أصوله، وقد قررناه في التقرير بأن الله تعالى رتب المواريث على وصية نكرة، والوصية الأولى كانت معهودة فإنها الوصيّة للوالدين، فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لرتب هذه الوصية عليها وبين بأن هذا المقدار بعد المقدار المفروض، لأن المحل محل بيان ما فرض للوالدين، وحيث رتبها على وصية منكرة دل على أن الوصية المفروضة لم تبق لازمة بل بعد أي وصية كانت نصيبهما ذلك المقدار وذلك يستلزم انتفاء وجوب الوصية المفروضة، وإذا انتسخ الوجوب انتسخ الجواز عندنا انتهى. أقول: يرد عليه أن هذا لا يدل على أن الوصية الأولى لم تبق لازمة، فإن المواريث وإن لم ترتب في هذه الآية الوصية الأولى المعهودة لكنها رتبت على وصية مطلقة حيث قيل ﴿من بعد وصية يوصي بها﴾ النساء (١١) فدخلت تلك الوصية الأولى أيضاً تحت إطلاق هذه الوصية المنكرة فمن أين يلزم انتفاء وجوب الوصية الأولى حتى يلزم انتساخ الآية الأولى بهذه الآية. وفائدة ترتيب المواريث على الوصية المطلقة دون الوصية الأولى المعهودة فقط إفادة تأخر المواريث عن الوصية الشرعية أيضاً كما هو المذهب في مقدار الثلث. وعن هذا أورد القاضي البيضاوي في تفسير الآية الأولى على من قال كان هذا الحكم في بدء الإسلام فنسخ بآية المواريث بأن قال: فيه نظر، لأن آية المواريث لا تعارضه بل تؤكده من حيث أنها تدل على تقديم الوصية مطلقاً انتهى. ثم إن بعض الفضلاء ردّ قول صاحب العناية لرتب هذه الوصية عليها في قوله فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لرتب هذه الوصية عليها حيث قال: ولعل هنا سهوا، والعبارة الصحيحة لرتبه عليها انتهى. أقول: إنما الساهي نفسه، لأن مراد صاحب العناية بهذه الوصية في قوله لرتب هذه الوصية هو الميراث، ومراده بالوصية هنا وصية الله تعالى لا وصية العباد كما في قوله تلك الوصية وإنما عبر عن الميراث بالوصية تأسياً بكلام الله تعالى، فإنه تعالى قال في أوّل آية المواريث ﴿يوصيكم الله في أولادكم﴾ النساء (١١) وقال المفسرون: أي يأمركم ويعهد إليكم في شأن ميراثهم، ثم قال تعالى في آخر تلك الآية ﴿وصية من الله﴾ النساء (١٢) فلم يكن في العبارة المذكورة سهو بل كان فيها لطافة وحسن قوله:

وذلك يستلزم انتفاء وجوب الوصية المفروضة، وإذا انتسخ الوجوب انتسخ الجواز عندنا. وذكر فخر الإسلام وجها آخر وقد قررناه في التقرير واستدلاله بالسنة ظاهر. وقوله: **(وعليه)** أي على جواز الوصية **(إجماع الأمة)** وقوله: **(لما روينا)** إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام «بثلث أموالكم» من غير تقييد بإجازة. وقوله: **(وسنبين ما هو الأفضل فيه)** أي في فعل الوصية أو في قدر الوصية **(ولا تجوز بما زاد على الثلث لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث سعد بن أبي وقاص)** وهو ما روى محمد

---

(١) حسن لشواهده. أخرجه ابن ماجه ٢٧٠٩ والبيهقي ٦/ ٢٦٩ والبزار كما في نصب الراية ٤/ ٤٠٠ كلهم من حديث أبي هريرة دون لفظ «فضعوها حيث شئتم».

قال البوصيري في الزوائد: إسناده ضعيف لضعف طلحة بن عمرو.

وورد من حديث أبي الدرداء أخرجه أحمد ٦/ ٤٤٠، ٤٤١ والبزار والطبراني كما في المجمع ٤/ ٢١٢.

وقال الهيثمي وفيه أبو بكر بن أبي مريم، وقد اختلط. وورد من حديث معاذ بن جبل أخرجه الطبراني كما في المجمع ٤/ ٢١٢ بلفظ رد إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حياتكم ليجعلها لكم زيادة في أعمالكم».

وقال الهيثمي: وفيه عقبة بن حميد الضبي وثقة ابن حبان.

الورثة، وهذا لأنه انعقد سبب الزوال إليهم وهو استغناؤه عن المال فأوجب تعلق حقهم به، إلا أن الشرع لم يظهره في حق الأجانب بقدر الثلث ليتدارك مصيره على ما بيناه، وأظهره في حق الورثة لأن الظاهر أنه لا يتصدق به عليهم

(ولا تجوز بما زاد على الثلث لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه «الثلث والثلث كثير»[١] بعد ما نفى وصيته بالكل والنصف) قال بعض المتأخرين: يعني أن هذا الحديث دل على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث صراحة، وقوله عليه الصلاة والسلام إن الله تعالى تصدّق عليكم بثلث أموالكم»[٢] الخ وإن دل عليه أيضاً لأنه دل على جواز الوصية بالثلث على خلاف القياس فبقي ما فوقه على الأصل لكن لا بطريق الصراحة ولهذا استدل عليه بهذا دون ذاك انتهى. أقول: ليس هذا بسديد، إذا لا يخفى عليكم أن قوله عليه الصلاة والسلام «إن الله تعالى تصدّق عليكم بثلث أموالكم»[٣] الخ لا يدل على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث لا صراحة وهو ظاهر، ولا دلالة لأن مفهوم المخالفة غير معتبر عندنا كما عرف، وإنما يدل على جواز الوصية بالثلث، فجواز الوصية بما زاد على الثلث وعدم جوازها مسكوت عنهما بالنظر إلى ذلك الحديث فلا معنى لقوله وقوله عليه الصلاة والسلام «إن الله تصدّق عليكم بثلث أموالكم»[٤] الخ وإن دل عليه أيضاً، ولا وجه لتعليل ذلك بقوله لأنه دل على جواز الوصية بالثلث على خلاف القياس فبقي ما فوقه على الأصل، فإن بقاء ما فوقه على أصل القياس ليس بمدلول ذلك الحديث أصلاً، وإنما هو مقتضى القياس فلا مجال للاستدلال على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث بذلك الحديث. وقال ذلك البعض: إلا أن لقائل أن يقول: نفي جواز الوصية بالكل والنصف وإثبات جوازها بالثلث لا يدل صراحة على نفي جوازها بما بين النصف والثلث، فالرجوع إلى الأصل في هذا المقدار ضروري في

ابن الحسن رحمه الله في كتاب الآثار قال: أخبرنا أبو حنيفة قال: حدثنا عطاء بن السائب عن أبيه عن سعد بن أبي وقاص قال «دخل النبي ﷺ يعودني فقلت يا رسول الله أفأوصي بمالي كله؟ قال لا، فقلت: فبالنصف؟ قال لا، قلت: فبالثلث؟ قال: الثلث والثلث كثير، ولا تدع أهلك يتكففون الناس» وفي صحيح البخاري «إنك أن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس». وقوله: **(وهذا لأنه)** ظاهر، والضمير البارز في قوله لم يظهره وأظهره للاستغناء. وقوله: **(تحرزاً عما يتفق من الإيثار)** أي احترازاً عما يوجد من تأذي البعض وقطعية الرحم بسبب **(إيثار)** البعض على البعض على ما نيتيه، يعني عند قوله بعد هذا ولا تجوز لوارثه وقد جاء في الحديث الحيف في الوصية، روي بالحاء المهملة وسكون الياء وهو الظلم، وروي الجنف بالجيم والنون المفتوحتين وهو الميل. وقوله: **(إلا أن تجيز الورثة)** استثناء من قوله ولا تجوز بما زاد على الثلث. وقوله: **(لأن الساقط متلاش)** دليل قوله فكان لهم أن يردوه بعد وفاته. وتقريره لأن إجازتهم في ذلك الوقت كانت ساقطة لعدم مصادفتها محلاً والساقط متلاش فإجازتهم متلاشية، فكان لهم أن يردّوا بعد الموت ما أجازوه في حال حياة

قوله: **(فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لرتب هذه الوصية)** أقول: لعل هنا سهواً، والعبارة الصحيحة: لرتبه عليها قوله: **(بل بعد: أي وصية كان نصيبهما)** أقول: ولنا فيه بحث، فإن دلالة ما ذكره على عدم بقاء لزوم الوصية المفروضة ممنوعة، وإنما دلالته على أن تأخير الميراث ليس عن الوصية المفروضة فقط، بل هو متأخر عنها وعن غيرها أيضاً إن وجدت، كيف ولو رتب الميراث على الوصية المفروضة لم يدل الكلام على تأخير الميراث عن الوصية بالتبرعات مع أنه مقصود وعليك بالتأمل قال المصنف: **(ولا تجوز بما زاد على الثلث لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث سعد «الثلث والثلث كثير»)** أقول: قال النووي: يجوز رفع الثلث ونصبه، فالرفع على

---

(١) تقدم تخريجه في أول هذا الباب.
(٢) تقدم تخريجه قبل ثلاثة أحاديث.
(٣) هو المتقدم.
(٤) هو المتقدم.

. . . .

الاستدلال بحديث سعد[١] أيضاً انتهى. أقول: هذا أيضاً ليس بتام، لأن نفي جواز الوصية بالكل والنصف وإثبات جوازها بالثلث وإن لم يدل على نفي جوازها بما بين النصف والثلث إلا أن قوله عليه الصلاة والسلام «والثلث كثير»[٢] بعد إثبات جوازها بالثلث بقوله الثلث بالنصب على تقدير أعط الثلث أو أوص الثلث، أو بالرفع على أنه مبتدأ محذوف الخبر: أي الثلث كاف، أو على أنه فاعل محذوف الفعل: أي يكفيك الثلث يدل على نفي لزيادة على الثلث، فإن المراد به أن الثلث كثير لا يجوز التجاوز عنه، إذ لا فائدة في ذكر قوله والثلث كثير بعد قوله الثلث سوى نفي جواز التجاوز عن الثلث فيحمل عليه لا محالة، وقد أشار إليه المصنف في تقريره حيث قال لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث سعد رضي الله عنه «الثلث والثلث كثير»[٣] بعد نفي وصيته بالكل والنصف، ولم يقل لحديث سعد، فقول ذلك القائل فالرجوع إلى الأصل في هذا المقدار ضروري في الاستدلال بحديث سعد أيضاً ممنوع قوله: **(ولأنه حق الورثة وهذا لأنه انعقد سبب الزوال إليهم وهو استغناؤه عن المال فأوجب تعلق حقهم به)** وأوضحه صاحب الكافي بأن قال: ولأنه انعقد سبب الزوال أملاكه عنه إلى غيره لأن المرض سبب الموت وبالموت يزول ملكه لاستغنائه عنه، ولو تحقق السبب لزال من كل وجه، فإذا انعقدت ثبت ضرب حق انتهى. أقول: في هذا التعليل قصور، لأنه إنما يتمشى فيما إذا وقعت وصيته حال مرضه لا فيما إذا وقعت حال صحته، إذ لا ينعقد سبب زوال إليهم في حال الصحة لعدم استغنائه عن ماله في حال صحته، فلا توجب وصيته في تلك الحالة تعلق حقهم به، فالأولى في تعليل هذه المسألة ما ذكره صاحب البدائع حيث قال: ولأن الوصية بالمال إيجاب الملك عند الموت، وعند الموت حق الورثة متعلق بماله إلا في قدر الثلث، فالوصية بالزيادة على الثلث تتضمن إبطال حقهم، وذلك لا يجوز من غير إجازتهم، وسواء كانت وصيته في المرض أو في الصحة لأن الوصية إيجاب مضاف إلى زمان الموت فيعتبر وقت الموت لا وقت وجود الكلام، إلى هنا لفظه تدبر قوله: **(إلا أن يجيزه الورثة بعد موته وهم**

الموصي. فإن قيل: لا نسلم عدم مصادفة المحل فإن حق الورثة ثبت في مال المورث من أوّل المرض حتى منع عن التصرف في الثلثين، فلما مات ظهر أنها صادفت محلها فصارت كأجازتهم بعد موت المورث بسبب الاستناد. أجاب بقوله: **(غاية الأمر)** يعني أن حقهم وإن استند إلى أوّل المرض لكن الاستناد يظهر في حق القائم: يعني كما في العقود الموقوفة إذا لحقتها

أنه فاعل: أي يكفيك الثلث. أو على أنه مبتدأ محذوف الخبر أو عكسه، والنصب على الإغراء أو على تقدير اعط الثلث قال المصنف: **(وهذا لأنه انعقد سبب الزوال إليهم)** أقول: فرق بين انعقاد السب وتحققه كما يعلم من الكافي حيث قال: لأن المرض سبب الموت، وبالموت يزول ملكه لاستغنائه عنه، ولو تحقق السبب لزال من كل وجه، فإذا انعقد ثبت ضرب حق انتهى. وفي مباحث العلة من كتب الأصول أن المرض علة تشبه الأسباب قال المصنف: **(ولأن الحقيقة تثبت عند الموت، وقبله يثبت مجرد الحق)** أقول: ظاهره مخالف لما سبق آنفاً من قوله إذ ألحق يثبت عند الموت، إلا أن المراد هنا ثبوته بطرق الاستناد، بخلاف ما سبق كما لا يخفى.

---

(١) هو موقوف. أخرجه الدارقطني ٤/ ١٥١ والديلمي في الفردوس ٢٧٩٦ والبيهقي ٦/ ٢٧١ كلم من حديث ابن عباس ولفظ الدارقطني والبيهقي «الإضرار في الوصية من الكبائر» وإسناده ضعيف لضعف عمر بن المغيرة
قال الذهبي في الميزان بعد أن ذكر له هذا الحديث: والمحفوظ موقوف وقال البخاري: عمر بن المغيرة منكر الحديث مجهول اهـ.
والحديث ورد موقوفاً على ابن عباس أخرجه النسائي في الكبرى ١١٠٩٢ والدارقطني ٤/ ١٥١ والبيهقي ٦/ ٢٧١ وغيره وضعفه أحمد
وورد من حديث خالد بن عبيد السلمي أخرجه الطبراني كما في المجمع ٤/ ٢١٢ بلفظ «إن الله أعطاكم عند وفاتكم ثلث أموالكم زيادة في أعمالكم»
وقال الهيثمي: إسناده حسن.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٢٧٤٢، ٢٧٤٤ ومسلم ١٦٢٨ وأبو داود ٢٨٦٤ والترمذي ٢١١٦ والنسائي ٦/ ٢٤١، ٢٤٢، ٣٤٣ وابن ماجه ٢٧٠٨ والدارمي ٣٠٧٩ والطيالسي ١٩٤ ١٩٥ وأحمد ١/ ١٦٨، ١٧١، ١٧٤، ١٧٦ كلهم من حديث سعد بألفاظ متقاربة.

(٣) تقدم قبل حديث واحد.

تحرزاً عما يتفق من الإيثار على ما نبينه، وقد جاء في الحديث «الحيف في الوصية من أكبر الكبائر»[1] وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث. قال: (**إلا أن يجيزه الورثة بعد موته وهم كبار**) لأن الامتناع لحقهم وهم أسقطوه (**ولا معتبر بإجازتهم في حال حياته**) لأنها قبل ثبوت الحق إذ الحق يثبت عند الموت فكان لهم أن يردوه بعد وفاته، بخلاف ما بعد الموت لأنه بعد ثبوت الحق فليس لهم أن يرجعوا عنه، لأن الساقط متلاش، غاية الأمر أنه

كبار) استثناء من قوله ولا يجوز بما زاد على الثلث. قال بعض المتأخرين في شرح قوله ولا يجوز بما زاد على الثلث: أراد لا تجوز في حق الفضل على الثلث بل في حق الثلث فقط، لا أنه لا تجوز هذه الوصية أصلاً. وقال هنا: فإن قلت: كيف يجوز إعمال اللفظ الواحد في بعض مدلوله دون بعض، وبأيّ توجيه أمكن ذلك حتى جازت في الثلث وبطلت في الفضل إن ردوا؟ قلت: يجعله في حكم وصايا متعددة بأن يجعل مثلاً قوله أوصيت لفلان بثلثي مالي في قوة أوصيت له بثلثه وثلثه الآخر، ويجعل قوله أوصيت له بعشرة آلاف درهم وقد كان ثلث ماله ثمانية آلاف بمنزلة أن يقال أوصيت له بثمانية آلاف وبألفين إلى غير ذلك صيانة لكلام العاقل عن إلغائه ما أمكن، وحذراً عن إبطال حق يمكن إثباته بعقد صدر عن عاقل بلفظ يجوز تصحيحه بضرب من التأويل فتدبر فإن هذا مما يهم فهمه انتهى. أقول: حسب أنه أتى بأمر مهم يتوقف عليه صحة معنى المقام، ولم يدر أنه إنما ارتكب شططاً، فإن صحة بعض أجزاء شيء واحد وفساد بعض آخر منه ليس بمستبعد لا بحسب العقل ولا بحسب الفقه؛ ألا يرى أنهم صرحوا بأنه إذا جمع بين عبد ومدبر في بيع بصفقة واحدة أو جمع بين عبد ومكاتب أو أم ولد فيه صح البيع في العبد بحصته من الثمن وفسد فيما ضم إليه من المدبر أو المكاتب أو أم الولد بناء على أن الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى إلى الآخر، وكذا الحال فيما إذا جمع بين الأجنبية وأختها في النكاح، والمحذور بحسب العقل إنما يلزم أن لو كان محل الصحة والفساد واحداً، وأما إذا كان متعدداً بأن كان محل الصحة بعضاً من شيء ذي أجزاء ومحل الفساد بعضاً آخر منه كما فيما نحن فيه فلا محذور فيه عقلاً أصلاً، فلا ولجعل وصية واحدة في حكم وصايا متعددة بلا أمر داع إليه، وصيانة كلام العاقل عن الإلغاء مهما أمكن، والحذر عن إبطال حق يمكن إثباته بعقد صدر عن عاقل مما لا يدعو إليه أصلاً فيما نحن فيه لأن إلغاء الوصية فيما فضل عن الثلث إذا ردّه الورثة، وإثباتها في مقدار الثلث ضرورة على مقتضى الشرع سواء جعلت وصية بما زاد على الثلث بكلام واحد في حكم وصايا متعددة أو أبقيت على حالها الظاهرة من كلامه وبالجملة ما ذهب إليه ذلك البعض هنا أمر وهمي لا أصل له كما ترى قوله: (**لأن الساقط متلاش**) قال الشراح قاطبة: قول المصنف هذا تعليل لقوله فكان لهم أن يردّوه بعد وفاته، وتقريره لأن إجازتهم في ذلك الوقت كانت ساقطة لعدم مصادفتها محلها والساقط متلاش فإجازتهم متلاشية فكان لهم أن يردّوا بعد الموت ما أجازوه في حال حياة المورث انتهى. أقول: فيه إشكال، أما أوّلاً فلأنه لا وجه لأن يقال: إن إجازتهم في حال حياة المورث ساقطة، لأن إجازتهم في ذلك الوقت غير معتبرة أصلاً كما صرح به فيما قبل وبينه، والسقوط إنما يستعمل فيما له ثبوت واعتبار في الأصل لكن زال ذلك لداع؛ ألا يرى أنه لا يقال سقط حق غير

الإجارة، وكثبوت الملك في الغصب عند أداء الضمان، فإن الملك يثبت فيهما مستنداً إلى أوّل العقد والغصب (**وهذا**) يعني ما نحن فيه من الإجازة (**قد مضى وتلاشى**) حين وقع إذ لم يصادف محله فلا يلحقها الاستناد. وقوله: (**ولأن الحقيقة**) دليل آخر تقريره حقيقة الملك للوارث تثبت عند الموت لا قبله، وإنما يثبت قبله مجرد حق الملك (**فلو استند**) ملكه إلى أول المرض (**من كل وجه لانقلب الحق حقيقة**) وذلك باطل لوقوع الحكم قبل السبب وهو مرض الموت، وإنما قيد بقوله من كل وجه دفعاً لوهم من يقول حق الوارث يتعلق بمال المورّث من أوّل المرض حتى منع ذلك التعلق تصرف المورث في الثلثين

---

(١) تقدم تخريجه في أوّل هذا الباب.
قال البيهقي: هذا هو الصحيح موقوف.

يستند عند الإجازة، لكن الاستناد يظهر في حق القائم وهذا قد مضى وتلاشى، ولأن الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق، فلو استند من كل وجه ينقلب حقيقة قبله، والرضا ببطلان الحق لا يكون رضا ببطلان الحقيقة،

الوراث عن مال المورث بل يقال لم يتعلق به حقه أصلاً. وأما ثانياً فلأنه يلزم الفصل بين المدعي ودليله على تقديركون قوله المذكور تعليلاً لما ذكروه بمسألة أخرى مع دليلها وهي قوله بخلاف ما بعد الموت لأنه بعد ثبوت الحق فليس لهم أن يرجعوا عنه، ولا يخفى ركاكته وبعده عن شأن المصنف. والحق عندي أن قول المصنف هذا تعليل لقوله قبيله فليس لهم أن يرجعوا عنه: يعني أن إجازتهم بعد الموت إسقاط لحقهم بعد ثبوته والساقط متلاش لا يعود فلم يتيسر لهم الرجوع عنه فحينئذٍ ينتظم اللفظ والمعنى كما لا يخفى قوله: **(غاية الأمر أنه يستند عند الإجازة)** وفي بعض النسخ عند الاستغناء **(لكن الاستناد يظهر في حق القائم وهذا قد مضى وتلاشى)** هذا جواب عن شبهة ترد على هذا التقرير، وهي أن حق الورثة وإن ثبت عند الموت إلا أنه يستند إلى أوّل المرض، فبالموت يظهر أن حقهم كان ثابتاً قبل الموت فينبغي أن تصير إجازتهم في حال حياة المورث بمنزلة إجازتهم بعد موته بسبب الاستناد. فأجاب بأن الاستناد إنما يظهر في حق القائم كما في العقود الموقوفة إذا لحقتها الإجازة فإنها تصح إذا كان المعقود عليه قائماً، وكثبوت الملك في المغصوب عند أداء الضمان، وهذا أي ما نحن فيه من الإجازة في حال حياة المورث قد مضى وتلاشى لكونه لغواً وقتئذٍ فلم يكن قائماً فلا يظهر في حقه الاستناد. هذا خلاصة ما في عامة الشروح، وإلى هذا التقرير أشار فخر الإسلام في مبسوطه كما فصل في النهاية. وقال صاحب العناية في تقرير السؤال والجواب هنا. : فإن قيل: لا نسلم عدم مصادفة المحل فإن حق الورثة ثبت في مال المورث من أول المرض حتى منع عن التصرف في الثلثين، فلما مات ظهر أنها صادفت محلها فصارت كإجازتهم بعد موت المورث بسبب الاستناد. أجاب بقوله غاية الأمر: يعني أن حقهم وإن استند إلى أول المرض لكن الاستناد يظهر في حق القائم يعني كما في العقود الموقوفة إذا لحقتها الإجازة، وكثبوت الملك في الغصب عند أداء الضمان، فإن الملك يثبت فيهما مستنداً إلى أوّل العقد والغصب، وهذا يعني ما نحن فيها من الإجازة قد مضى وتلاشى حين وقع إذ لم يصادف محله فلا يلحقها الاستناد انتهى. أقول: فيه خلل، فإنه قال في أوّل تقرير السؤال: لا نسلم عدم مصادفة المحل واستند إلى منع ذلك بقوله فإن حق الورثة ثبت في مال المورث من أول المرض حتى منع من التصرف في الثلثين. وقال في آخر تقرير الجواب تعليلاً لقول المصنف: وهذا قد مضى وتلاشى إذ لم يصادف محله، وعدم مصادفته المحل هو الذي قد كان منع في أوّل السؤال فختم الجواب به مصادرة كما لا يخفى قوله: **(ولأن الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق)** قال بعض الفضلاء: ظاهره مخالف لما سبق آنفاً من قوله إذا الحق يثبت عند الموت، إلا أن المراد هنا ثبوته بطريق الاستناد بخلاف ما سبق كما لا يخفى انتهى. أقول: منشأ توهم المخالفة الغفول عن قيد مجرد في قول المصنف وقبله يثبت مجرد الحق، فإن المراد به الحق الذي لا يجامع الحقيقة وهو الحق الذي يمنع تصرف المورث في الثلثين قبل موته كما تقرر من قبل في تعليل عدم جواز الوصية بما زاد على

فيجب أن يظهر أثر ذلك التعلق في حق إسقاطهم بالإجازة أيضاً. ووجه الدفع أنه لو ظهر أثر ذلك التعلق في ذلك أيضاً لانقلب الحق حقيقة من كل وجه، وهو لا يجوز لما مر. فإن قيل: الوارث إذا عفا عن جارح أبيه قبل موت أبيه فإنه يصح ويلزم من ذلك أحد أمرين: إما أن لا يلزم من الاستناد من كل وجه قلب الحق حقيقة، وإما أن لا يكون هذا القلب مانعاً. أجيب بأن هذا القلب مانع إذا لم يتحقق السبب والجرح سبب الموت وقد تحقق، بخلاف الإجازة فإن السبب لم يتحقق ثمة لأن السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت، فقبل الاتصال لو انقلب الحق حقيقة وقع الحكم قبل السبب وهو باطل، فنحن بين أمرين: إما أن نبطل العفو عن الجارح نظراً إلى عدم الحقيقة، وإما أن نجيز الإجازة نظراً إلى وجود الحق وفي ذلك إبطال لأحدهما. فقلنا: لا تجوز الإجازة نظر إلى انتفاء الحقيقة، وجاز العفو نظراً إلى وجود الحق،

وكذا إن كانت الوصية للوارث وأجازه البقية فحكمه ما ذكرناه. **(وكل ما جاز بإجازة الوارث يتملكه المجاز له من**

الثلث بقوله ولأنه حق الورثة إلى آخره، والمراد بالحق في قوله فيما سبق آنفاً، إذ الحق يثبت عند الموت هو الحق المجامع للحقيقة فلا مخالفة أصلاً، وأما الحق الثابت بطريق الاستناد فإنما يتصوّر عند الموت لكون الاستناد فرع تحقق حقيقة الملك التي تثبت عند الموت فلا حاجة إلى أن يحمل على ذلك قول المصنف وقبله يثبت مجرد الحق، بل لا وجه له بالنظر إلى ربط ما بعده به كما يظهر بالتأمل الصادق قوله: **(فلو استند من كل وجه لانقلب حقيقة قبله)** يعني لو استند ملك الورثة إلى أوّل المرض من كل وجه لانقلب الحق حقيقة قبل الموت وذلك باطل لاستلزامه وقوع الحكم قبل السبب وهو مرض الموت. قال صاحب العناية: وإنما قيد بقوله من كل وجه دفعاً لوهم من يقول: حق الورثة يتعلق بمال المورث من أول المرض حتى منع ذلك التعلق تصرف المورث في الثلثين فيجب أن يظهر أثر ذلك التعلق في حق إسقاطهم بالإجازة أيضاً. وجه الدفع أنه لو ظهر أثر ذلك التعلق في ذلك أيضاً لانقلب الحق حقيقة من كل وجه وهو لا يجوز لما مر انتهى. أقول: لمانع أن يمنع استلزام أن يظهر أثر ذلك التعلق في حق إسقاطهم بالإجازة أيضاً انقلاب الحق حقيقة أصلاً فضلاً عن استلزامه انقلابه إياها من كل وجه لجواز أن يظهر أثر ذلك التعلق مجرد تعلق حقهم بمال المورث من أوّل المرض في كلا الأمرين معاً بدون أن ينقلب الحق حقيقة أصلاً، إذ لا ريب أن لزوم ذلك الانقلاب ليس ببديهي ولم يقم عليه برهان، ولهذا وقع على اعتبار إجازتهم قبل الموت أيضاً اجتهاد مالك وابن أبي ليلى والزهري والأوزاعي وعطاء وغيرهم كما ذكروا. ثم قال صاحب العناية: فإن قيل: الوراث إذا عفا عن جارح أبيه قبل موت أبيه فإنه يصح ويلزم من ذلك أحد أمرين: إما أن لا يلزم من الاستناد من كل وجه قلب الحق حقيقة، وإما أن لا يكون هذا القلب مانعاً. أجيب بأن هذا القلب مانع إذا لم يتحقق السبب والجرح سبب الموت وقد تحقق بخلاف الإجازة، فإن السبب لم يتحقق ثمة لأن السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت، فقبل الاتصال لو انقلب الحق حقيقة وقع الحكم قبل السبب وهو باطل فنحن بين أمرين: إما أن نبطل العفو عن الجارح نظراً إلى عدم الحقيقة، وإما أن نجيز الإجازة نظراً إلى وجود الحق، وفي ذلك إبطال لأحدهما، فقلنا: لا تجوز الإجازة نظراً إلى انتفاء الحقيقة وجاز العفو نظراً إلى وجود الحق، ولم يعكس لكون العفو مطلوب الحصول اهـ. أقول: فيه خلل، لأن قوله فنحن بين أمرين الخ مفرّعاً على ما قبله ليس بسديد، أما أوّلاً فلأن قوله وإما نجيز الإجازة نظراً إلى وجود الحق مما لا مجال له بعد أن قرّر فيما قبل أن ذلك يستلزم انقلاب الحق حقيقة، وأن انقلاب الحق حقيقة مانع إذا لم يتحقق السبب لاستلزامه وقوع الحكم قبل السبب، وإن

ولم نعكس لكون العفو مطلوب الحصول. وقوله: **(والرضا ببطلان الحق لا يكون رضا ببطلان الحقيقة)** جواب عما يقال الإجازة إسقاط من الوارث لحقه برضاه فكان كسائر الإسقاطات وفيه لا رجوع فكذا فيها. ووجهه أنه قد عرف أن ثمة حقاً وحقيقة، وإنما رضي ببطلان الحق لا ببطلان الحقيقة لأن الرضا ببطلانها يستلزم وجودها ولا وجود لها قبل السبب. وقوله: **(وكذا إن كانت الوصية للوارث)** ظاهر. وقوله: **(وكل ما جاز بإجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي)** ذكره تعريفاً

قال المصنف: **(فلو استند من كل وجه)** أقول: لو حذف هذه الشرطية واكتفى بقوله والرضا ببطلان الحقيقة الخ كما في الكافي لكان له وجه قال المصنف: **(ينقلب حقيقة قبله)** أقول: في الملازمة كلام قوله: **(فلو استند إلى أول المرض)** أقول: فيه بحث قوله: **(فإن قيل: الوراث إذا عفا عن جارح أبيه)** أقول: أي جارح خطأ قوله: **(وإما أن لا يكون هذا القلب مانعاً)** أقول: الأولى: وإما أن لا يصلح هذا العفو أو تبديل مانعاً بقوله باطلاً فتأمل، فإن لما في الكتاب وجهاً ظاهراً، ثم قوله هذا القلب: يعني لزوم القلب، وقوله مانعاً: يعني عن صحة الإجازة قوله: **(لأن السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت)** أقول: وكذلك السبب الجرح المتصل بالموت فلا فرق، ولذلك قال: فنحن بين أمرين الخ قوله: **(وفي ذلك إبطال أحدهما)** أقول: يعني الحقيقة.

قبل الموصي) عندنا، وعند الشافعي من قبل الوارث، والصحيح قولنا لأن السبب صدر من الموصي، والإجازة رفع المانع وليس من شرطه القبض فصار كالمرتهن إذا أجاز بيع الراهن. قال: **(ولا تجوز للقاتل عامداً كان أو خاطئا بعد**

السبب لم يتحقق في صورة الإجازة قبل الموت بناء على أنّ السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت. وأما ثانياً فلأن قوله ولم يعكس لكون العفو مطلوب الحصول غير تام لاقتضائه جواز العكس لولا كون العفو مطلوب الحصول، مع أن ما قرره فيما قبل وما ذكر في الكتاب يمنعان جواز ذلك أصلاً. وبالجملة لا مجال لربط قوله فنحن بين أمرين الخ بما ذكره نفسه فيما قبله بل بما ذكر في الكتاب أيضاً، فالوجه ترك ذلك والاكتفاء في الجواب عن النقض بصحة عفو الوارث عن جارح أبيه قبل موت أبيه بما ذكره قبله كما فعله صاحب النهاية ومعراج الدارية، ثم إن بعض الفضلاء أورد على قوله لأن السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت بأن قال: وكذا السبب الجرح المتصل بالموت فلا فرق. وقال: ولذلك قال فنحن بين أمرين الخ انتهى. أقول: ليس شيء من كلاميه بمستقيم. أما نقضه بالجرح فلأن الجرح فعل واحد صادر عن الجراح لا تكرّر فيه إلى أن يموت المجروح حتى يقال: إن السبب هو الجرح المتصل بالموت، بل إنما السبب هو الجرح الواحد الصادر عن الجارح، إلا أن يحتمل أن يكون قاتلاً وغير قاتل، وبالموت يظهر أنه قاتل، بخلاف المرض فإنه حالة انفعالية تتكرر وتتجدّد إلى الموت، فالقاتل منها هي التي تتصل بالموت فهي السبب للموت فافترقا.

وأما قوله ولذلك قال فنحن بين أمرين الخ فلأن فاء التفريع تنافي ذلك كما لا يخفى على من له دربة بأساليب الكلام قوله: **(وكل ما جاز بإجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا وعند الشافعي من قبل الوارث)** قال صاحبا النهاية والعناية: وجه قول الشافعي إن بنفس الموت صار قدر الثلثين من المال مملوكاً للوارث لأن الميراث يثبت للوراث من غير قبوله ولا يرتدّ برده، فإجازته تكون إخراجاً عن ملكه بغير عروض، وذلك هبة لا تتم إلا بالقبض انتهى. وهكذا ذكر في الكافي أيضاً. أقول: قد قصروا في تقرير وجه قول الشافعي في مسألتنا هذه حيث قيدوا المال الذي صار مملوكاً للوارث بنفس الموت بقدر الثلثين فلزم أن لا يتمشى فيما إذا كان ما أجازه الوارث أقل من قدر الثلث أو كان قدر الثلث كما في صورة إجازته الوصية لوراث أو قاتل بأقل من الثلث أو بالثلث، فإن الحكم في تلك الصورة أيضاً داخل في كلية مسألتنا هذه مع عدم جريان ما ذكروا من الدليل للشافعي فيها كما ترى. فالأولى في بيان وجه الشافعي هنا ما ذكر في معراج الدراية من أن الشارع أبطل الوصية بما زاد على الثلث وللوارث وللقاتل والإجازة لا تعمل في الباطل فتكون هبة مبتدأة لأنها تمليك بلا عرض اهـ. فإنه يعم الكل ثم إن الصحيح في هذه المسألة قولنا لما ذكر في الكتاب قوله: **(ولا تجوز للقاتل عامداً كان أو خاطئاً بعد أن كان مباشراً لقوله عليه**

على مسألة القدوري. وجه قول الشافعي رحمه الله أن بنفس الموت صار قدر الثلثين من المال مملوكاً للوراث، لأن الميراث يثبت للوارث بغير قبوله ولا يرتد بردّه، فإجازته تكون إخراجاً عن ملكه بغير عوض، وذلك هبة لا تتم إلا بالقبض. ولنا أن الموصي صدر منه السبب، وكل من صدر منه السبب يثبت منه الملك، وكل ذلك ظاهر فالموصى له يتملك من الموصي. وقوله: **(والإجازة رفع المانع)** جواب عن جعل الإجازة إخراجاً عن الملك: يعني أن الإجازة ليست بسبب للخروج عن الملك وإنما هو رفع للمانع. وقوله: **(وليس من شرطه القبض)** ردّ لكونها هبة فكأنه يقول: لو كان هبة لكان القبض شرطاً وهو ممنوع فصار ما نحن فيه، كالمرتهن إذا أجاز بيع الرهن في كون السبب صدر من الراهن والملك للمشتري يثبت من قبله، فأجازة المرتهن رفع المانع. وعورض بأن الوراث إن أجاز الوصية في مرض موته كان من ثلث ماله، وذلك يدل على كونه مالكاً فيكون التمليك من جهته. وأجيب بأن الوارث كان له حق أسقطه بالإجازة، وإسقاط الحقوق المالية معتبر من الثلث وإن

قوله: **(وقوله وليس من شرطه القبض رد لكونها هبة)** أقول: كيف يكون رداً، إذ الشافعي يقول: بكون القبض من شرطه.

أن كان مباشراً) لقوله عليه الصلاة والسلام «لا وصية للقاتل» ولأنه استعجل ما أخره الله تعالى فيحرم الوصية كما

الصلاة والسلام «لا وصية للقاتل»[١]) أقول: لقائل أن يقول: إن هذا الحديث مما يعارضه إطلاق قوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصي بها أو دين﴾ النساء (١١) وعموم قوله ﷺ «إن الله تعالى تصدّق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة لكم في أعمالكم تضعونها حيث شئتم» أو قال «حيث أحببتم»[٢] كما مر ثم إن هذا الحديث من قبيل أخبار الآحاد فلا يصلح أن يكون مقيداً لإطلاق الكتاب قط على ما عرف في أصول الفقه، وإن صلح أن يكون مخصصاً لعموم ذلك الحديث الآخر فإنما يتصوّر ذلك عند ثبوت تأخر ورود هذا الحديث عن ورود ذلك الحديث وهو ليس بثابت قط، فإذا لم يعلم التاريخ يحمل على المقارنة فيلزم أن يتعارضا ويتساقطا في حق الوصية للقاتل كما هو مقتضى قاعدة الأصول على ما عرف في محله، فمن أين يتم الاستدلال بهذا الحديث على عدم جواز الوصية للقاتل؟ قال في البدائع: قال مالك: تصح الوصية للقاتل، واحتج بما ذكرنا من الدلائل لجواز الوصية في أوّل الكتاب من غير فصل بين القاتل وغيره. ثم قال: ولنا ما روي عن النبيّ ﷺ أنه قال «لا وصية لقاتل»[٣] وهذا نص، ويروى أنه قال «ليس لقاتل شيء»[٤] ذكر شيء نكرة في محل النفي فيعم الميراث والوصية جميعاً، وبه تبين أن

لم يكن تمليكاً كالعتق، والفائدة تظهر فيما إذا أجاز في مشاع يحتمل القسمة فإن الإجازة صحيحة وتصير ملكاً للموصى له قبل التسليم ويجبر الوارث على التسليم بعدها عندنا، ولو كان التمليك من جهة الوراث انعكست هذه الأحكام لكون الإجازة حينئذٍ هبة. قال: **(ولا تجوز للقاتل عامداً كان أو خاطئاً الخ)** لا تجوز الوصية لمباشر القتل عامداً كان أو خاطئاً لقوله ﷺ «لا وصية للقاتل» **(ولأنه استعجل ما أخره الله فيحرم الوصية كما يحرم الميراث)** وردّ بأنّ حرمان الإرث لا يستلزم بطلان الوصية كما في الرق واختلاف الدين. وأجيب بأن حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغايظة الورثة مقاسمة قاتل أبيهم في تركته والموصى له يشاركه في هذا المعنى فجاز القياس عليه، والمشابهة بين المقيس والمقيس عليه من كل وجه غير ملتزم، ولعل

قوله: **(لانعكست هذه الأحكام)** أقول: كما عند الشافعي قال المصنف: **(ولأنه استعجل ما أخره الله تعالى فيحرم الوصية)** أقول: فيه تأمل، فإن هذا مذهب المعتزلة، والأجل عندنا واحد. والجواب أنا لا نقول: العبد قطع عليه الأجل كما تقوله المعتزلة بل نقول كما قلنا في تأويل قوله عليه الصلاة والسلام «الصدقة تزيد في العمر» قوله: **(مقاسمة قاتل أبيهم)** أقول: مثلاً قوله: **(وسلوك طريق الدلالة أسهل)** أقول: نعم لو ثبت شرط الدلالة، وذلك محل نظر.

---

(١) باطل. أخرجه الدارقطني ٤/ ٢٣٧ والبيهقي ٦/ ٢٨١ كلاهما من حديث علي بن أبي طالب في إسناده مبشر بن عبيد
قال الدارقطني: مبشر بن عبيد متروك الحديث. يضع الحديث.
وقال البيهقي: تفرد به مبشر بن عبيد الحمصي، وهو منسوب إلى وضع الحديث، وإنما ذكرت هذا الحديث لتعرف روايته.

(٢) هذا الخبر تقدم تخريجه في أوّل هذا الباب.

(٣) تقدم قبل حديث واحد.

(٤) حسن. أخرجه ابن ماجه ٢٦٤٦ ومالك ٢/ ٨٦٧ والبيهقي ٦/ ٢١٩ وأحمد ١/ ٤٩ كلهم عن عمرو بن شعيب «أن أبا قتادة رجل من بني مدلج قتل ابنه فأخذ منه عمر مائة من الإبل وقال عمر: سمعت رسول الله ﷺ يقول: ليس لقاتل ميراث» ورواية مالك «ليس لقاتل شيء» وكذا رواه الشافعي في الرسالة فقرة ٤٧٦ بتحقيق أحمد شاكر.
قال البوصيري في الزوائد: إسناده حسن اهـ لكنه منقطع عمرو بن شعيب لم يدرك عمر. وكذا قال ابن حجر في التلخيص ٣/ ٨٤.
وله طرق أخرى فقد أخرجه الترمذي ٢١٠٩ وابن ماجه ٢٦٤٥ والدارقطني ٤/ ٩٦ والبيهقي ٦/ ٢٢٠ كلهم من حديث أبي هريرة بلفظ القاتل «لا يرث» لكن مداره على إسحاق بن أبي فروه
قال الترمذي: هذا حديث لا يصح، وإسحاق تركه بعض أهل الحديث، والعمل على هذا عند أهل العلم. وأخرجه أبو داود ٤٥٦٤ مطوّلاً والدارقطني ٤/ ٩٦ والبيهقي ٦/ ٢٢٠ من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وله شاهد من حديث ابن عباس أخرجه الدارقطني ٤/ ٩٦ والبيهقي ٦/ ٢٢٠ وفيه «قضى النبي ﷺ ليس لقاتل ميراث» وأخرجه البيهقي عن ابن المسيب مرسلاً.
قال البيهقي بعد أن ذكر المراسيل عن عمرو بن شعيب: هذه مراسيل جيدة يقوّي بعضها بعضاً، ثم قال البيهقي عقب حديث أبي هريرة: إسحاق لا يحتج به إلا أن شواهده تقوّيه اهـ فهذا بمجموع طرقه يرقى إلى درجة الحسن، ولا سيما العمل عليه عند عامة الفقهاء.

يحرم الميراث. وقال الشافعي: تجوز للقاتل وعلى هذا الخلاف إذا أوصى لرجل ثم إنه قتل الموصي تبطل الوصية عندنا، وعنده لا تبطل، والحجة عليه في الفصلين ما بيناه **(ولو أجازتها الورثة جاز عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو**

القاتل مخصوص من عمومات جواز الوصية انتهى. أقول: ليت شعري من أين تبين أن القاتل مخصوص من عمومات جواز الوصية، ومن شرط التخصيص أن يكون المخصص متأخراً عن العام في الورود وهو لم يثبت قط، ولو ثبت تأخر هذا الحديث لم يصلح أن يكون مخصصاً لكتاب الله تعالى لكونه خبر الواحد، ومن الدلائل المذكورة في أوّل الكتاب لجواز الوصية من غير فصل بين القاتل وغيره كتاب الله تعالى كما عرفته فكيف يكون القاتل مخصوصاً منه قوله: **(ولأنه استعجل ما أخره الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم الميراث)** قال في العناية: وردّ بأن حرمان الإرث لا يستلزم بطلان الوصية كما في الرق واختلاف الدين. وأجيب بأن حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغايظة الورثة مقاسمة قاتل أبيهم في تركته والموصى له يشاركه في هذا المعنى فجاز القياس عليه، والمشابهة بين المقيس والمقيس عليه من كل وجه غير ملتزم انتهى. أقول: لا الرد شيء ولا الجواب. أما الأول فلأن التعليل المذكور في الكتاب لا يدل على قياس الحرمان من الوصية مطلقاً على الحرمان من الميراث حتى يردّ بأن حرمان الإرث لا يستلزم بطلان الوصية كما في الصورتين المزبورتين، بل إنما يدل على قياس حرمان القاتل من الوصية على حرمانه من الميراث لعلة الاستعجال بفعل محظور وهو القتل، ولا شك أن هذه العلة غير متحققة في صورتي الرق واختلاف الدين فلا يجري هذا القياس فيهما. وأما الثاني فلأن كون حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغايظة الورثة مقاسمة قاتل مورثهم في تركته ممنوع، كيف ولو كان الأمر كذلك لجاز أن يرث القاتل عند إجازة سائر الورثة إياه وتركهم المغايظة، كما جازت الوصية له عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله إذا أجازها الورثة وليس كذلك كما صرحوا به، وأيضاً لو كان الأمر كذلك لزم أن لا يحرم القاتل عن الميراث إذا لم يكن للمقتول وارث غير القاتل وليس كذلك قطعاً. والحق أن سبب حرمان القاتل عن الميراث صدور جناية عظيمة منه وهي القتل بغير حق، فإنه يستدعي العقوبة بأبلغ الوجوه، وقد جعلها الشرع حرمانه عن الميراث، والقاتل الموصى له يشاركه في هذا المعنى، فجاز قياس حرمانه عن الوصية على حرمانه عن الميراث وإليه أشار المصنف بقوله ولأنه استعجل ما أخّره الله تعالى: يعني استعجله بارتكاب جناية عظيمة فيحرم الوصية كما يحرم الميراث، وقد صرح به صاحب البدائع حيث قال: ولأن القتل بغير حق جناية عظيمة فيستدعي الزجر بأبلغ الوجوه، وحرمان الوصية يصلح زاجراً كحرمان الميراث فيثبت انتهى. ثم قال صاحب العناية: ولعل التفصي عن عهدة كونه قياساً على طريقتنا عسر جداً وسلوك طريق الدلالة أسهل انتهى. أقول: فيه بحث، لأن من شرط طريق الدلالة أن يكون المعنى الذي كان الحكم لأجله في المنطوق متحققاً في الملحق بالدلالة بطريق الأولوية أو بالتساوي، وتحقق ذلك فيما نحن فيه بطريق المذكور

التفصي عن عهدة كونه قياساً على طريقتنا عسر جداً، وسلوك طريق الدلالة أسهل وقال الشافعي رحمه الله: **(تجوز الوصية للقاتل)** مطلقاً لأنه أجنبي منه فصحت له كما صحت لغيره. **(وعلى هذا الخلاف)** بيننا وبينه **(إذا أوصى لرجل ثم إنه قتل الموصي تبطل الوصية عندنا، وعنده لا تبطل والحجة عليه في الفصلين)** يعني فيما إذا كان القتل قبل الوصية أو بعدها **(ما بيناه)** يعني من الحديث فإنه بإطلاقه لا يفصل بين تقدم الجرح على الوصية وتأخره عنها، ومن المعقول الذي ذكره واعترض عليه بأن ذلك صحيح إذا كان القتل بعد الوصية، وأما إذا كان الجرح قبلها فلا استعجال ثمة. وأجيب بجعل الجارح مستعجلاً وإن تقدم جرحه على الوصية لما ذكر شيخ الإسلام رحمه الله أن المعتبر في كون الموصى له قاتلاً أو غير قاتل لجواز الوصية وفسادها يوم الموت لا يوم الوصية، فبالنظر إلى وقت الموت كان القتل مؤخراً عن الوصية. واعترض بنقض إجمالي بأن ما ذكرتم لو صح بجميع مقدماته لما عتق المدبر إذا قتل مولاه لأن التدبير وصية وهي لا تصح للقاتل. وأجيب بأن عتقه من

قوله: **(فبالنظر إلى وقت الموت كان القتل مؤخراً عن وقت الوصية)** أقول: فيه تأمل.

يوسف: لا تجوز) لأن جنايته باقية والامتناع لأجلها، ولهما أن الأمتناع لحق الورثة لأن نفع بطلانها يعود إليهم كنفع بطلان الميراث، ولأنهم لا يرضونها للقاتل كما لا يرضونها لأحدهم. قال: **(ولا تجوز لوارثه)** لقوله عليه الصلاة والسلام «إن الله تعالى أعطى كل ذي حق حقه، ألا لا وصية لوارث»(١) ولأنه يتأذى البعض بإيثار البعض ففي تجويزه قطيعة الرحم ولأنه حيف بالحديث الذي رويناه، ويعتبر كونه وارثاً أو غير وارث وقت الموت لا وقت

ممنوع على أصل أبي حنيفة ومحمد، فإن المعنى المتقضي لحرمان القاتل عن الميراث لا يتغير ولا يتكسر بإجازة الورثة أصلاً ولهذا لا يرث القاتل سواء أجازه الورثة أو لم تجزه بخلاف المعنى المقتضي لحرمانه عن الوصية فإنه يتغير ويتكسر بإجازة الورثة عند أبي حنيفة ومحمد ولهذا تصح الوصية له عندهما إذا أجازتها الورثة كما ستطلع عليه عن قريب فكان ذلك المعنى في حق الميراث أقوى منه في حق الوصية عندهما فلم يوجد شرط طريق الدلالة في شأن الوصية على أصلهما ثم أقول: ها هنا احتمال آخر وهو أن لا يكون مراد المصنف بقوله كما يحرم الميراث القياس الفقهي ولا الإلحاق بطريق الدلالة بل كان مراده به مجرد التنظير والتشبيه، ويدل عليه أنه لو لم يذكر قوله كما يحرم الميراث لتم دليله العقلي بلا احتياج إليه فإن استعجال القاتل ما أخّره الله تعالى جرم عظيم يستدعي حرمانه عن الوصية مع قطع النظر عن استدعائه حرمانه عن الميراث وعلى هذا المعنى لا يتوهم الرد المذكور أصلاً وتسقط الكلمات المتعلقة به بجذافيرها كما لا يخفى قوله: **(ولهما أن الامتناع لحق الورثة لأن نفع بطلانها يعود إليهم كنفع بطلان الميراث)** أقول: أرى دليلهما هذا ضعيفاً جداً، فإن قوله إن الامتناع لحق الورثة ليس بظاهر على الإطلاق، إذ قد تقرّر فيما مرّ أن الشرع لم يعتبر تعلق حقهم بقدر الثلث ولهذا جازت الوصية بهذا القدر للأجانب وإن لم يجزها الورثة، وفيما نحن فيه لم تجز الوصية بشيء للقاتل بدون إجازة الورثة فكيف يتصوّر أن يكون الامتناع في قدر الثلث أيضاً لحقهم. ثم إن تعليل ذلك بقوله لأن نفع بطلانها يعود إليهم كنفع بطلان الميراث ليس بتام، لأن مجرد عود نفع بطلانها إليهم لو اقتضى كون الامتناع في الوصية لحقهم لاقتضى كونه في الإرث أيضاً لحقهم، فلزم أن يجوز إرث القاتل أيضاً بإجازتهم عندهما ولم يقل به أحد، قال في العناية: فإن قيل: ما الفرق بينها وبين الميراث إذا أجازت الورثة حيث صحت في الوصية دون الميراث. أجيب بأن الإجازة تصرف من العبد فتعمل فيما كان من جهة العبد والوصية من جهة العبد فتعمل فيه، بخلاف الميراث فإنه من جهة الشرع لا صنع للبعد فيه فلا يعمل فيه تصرف العبد انتهى. أقول: فيه نظر، لأن الكلام هنا ليس في نفس الوصية والميراث حتى يتم الفرق بينهما بأن

حيث إن موته جعل شرطاً لعتقه وقد وجد، ولكن يسعى المدبر في جميع قيمته لأنه تعذر الرد من حيث الثروة لوجود شرط العتق الذي لا يقبل الرد فيرد من حيث المعنى بإيجاب السعاية **(ولو أجازت الورثة الوصية للقاتل جاز عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يجوز لأن جنايته باقية والامتناع لأجلها، ولهما أن الامتناع لحق الورثة)** إلى آخر ما ذكر في الكتاب فإن قيل: ما الفرق بينهما وبين الميراث إذا أجازت الورثة حيث صحت الوصية دون الميراث؟ أجيب بأن الإجازة تصرف من العبد فتعمل فيما كان من جهة العبد والوصية من جهة العبد فتعمل فيه، بخلاف الميراث فإنه من جهة الشرع لا صنع للعبد فيه فلا يعمل فيه تصرف العبد. وقوله: **(ولأنهم لا يرضونها)** أي الوصية **(للقاتل كما لا يرضونها لأحدهم)** أي لأحد الورثة، وفي

---

(١) صحيح. أخرجه أبو داود ٣٥٦٥ والترمذي ٢١٢٠ وابن ماجه ٢٧١٣ وسعيد بن منصور في سننه ٤٢٧ والطيالسي ١١٢٧ والبيهقي ٦/ ٢٦٤ وأحمد ٥/ ٢٦٧ كلهم من حديث أبي أمامة «سمعت رسول الله ﷺ يقول في خطبته عام حجة الوداع إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث. . . .» الحديث.
وورد من حديث عمرو بن خارجة في أثناء حديث وفيه: «إن الله أعطى. . .» الحديث
أخرجه الترمذي ٢١٢١ والنسائي ٦/ ٢٤٧ وابن ماجه ٢٧١٢ والدارمي ٣١٤٢ وسعيد بن منصور ٤٦٨ والطيالسي ١٢١٧ وأحمد ٤/ ١٨٦، ١٨٧، ٢٣٨، ٢٣٩
قال الترمذي عقب الحديثين: حسن صحيح. وله طرق أخرى أوردها الزيلعي في نصب الراية ٤/ ٤٠٣، ٤٠٤ فهو يرقى إلى درجة الصحيح بمجموع طرقه.

الوصية لأنه تملك مضاف إلى ما بعد الموت، وحكمه يثبت بعد الموت **(والهبة من المريض للوارث في هذا نظير الوصية)** لأنها وصية حكماً حتى تنفذ من الثلث، وإقرار المريض للوارث على عكسه لأنه تصرف في الحال فيعتبر

أحدهما من جهة العبد والآخر من جهة الشرع، بل إنما الكلام هنا في أن حرمان القاتل عن الوصية كحرمانه عن الميراث أم لا، ولا شك أنه لا فرق بين حرمانه عن الوصية وحرمانه عن الميراث في كونهما من جهة الشرع نظراً إلى دليلهما، وفي كونها من جهة العبد نظراً إلى صدور سببهما وهو القتل عن العبد، فما معنى أن تعمل الإجازة التي هي تصرف من البعد في ارتفاع أحدهما دون الآخر، وبعبارة أخرى إن الميراث وإن كان من جهة الشرع بدون صنع العبد إلا أن حرمان القاتل عنه كان من جهة العبد حيث باشر القتل، فكان فعله هذا مانعاً عن ميراثه من المقتول فلم لا تجوز أن عمل الإجازة في رفع هذا المانع الذي كان من جهته وبصنعه قوله: **(ولأنه حيف بالحديث الذي رويناه)**[1] قال صاحب العناية: قوله بالحديث الذي رويناه إشارة إلى ما تقدم في كتاب الهبة فيمن خصص بعض أولاده في العطية انتهى. أقول: هذا خبط ظاهر من الشارح المزبور إذ لم يتقدم من المصنف في كتاب الهبة ذكر حديث في حق من خصص بعض أولاده في العطية، بل لم يتقدم منه ثمة ذكر تلك المسألة قط فكيف تتصور الحوالة عليه بها ها هنا. والصواب أن مراد المصنف هنا بقوله بالحديث الذي رويناه هو الإشارة إلى ما ذكره في هذا الكتاب فميا مضى عن قريب بقوله وقد جاء في الحديث «الحيف في الوصية من أكبر الكبائر»[2] وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث انتهى قوله: **(وإقرار المريض للوارث على عكسه)** قال صاحب النهاية ومعراج الدراية: أي على عكس الوصية بتأويل الإيصاء. وقال صاحب العناية: أي على عكس الوصية بتأويل الإيصاء أو المذكور. وردّ عليه التأويل الثاني بعض الفضلاء بأن قال: الوصية هي المذكورة بالهاء لا المذكور فالأولى أو ما ذكر انتهى. أقول: ردّه ساقط لأن الوصية إنما تكون هي المذكورة بتاء التأنيث لا المذكور أن لو كان الألف واللام في اسم

الوصية لأحدهم إن أجازها البقية نفذت فكذا القاتل. وقوله: **(ولا تجوز لوارثه)** أي لوارث الموصي لقوله عليه الصلاة والسلام: «إن الله أعطى كل ذي حق حقه، ألا لا وصية لوارث» ولأنه يتأذى البعض إلى آخر ما ذكر في الكتاب. وقوله: **(بالحديث الذي رويناه)** إشارة إلى ما تقدم في كتاب الهبة فيمن خصص بعض أولاده في العطية. وقوله: **(يعتبر كونه وارثاً غير وارث وقت الموت)** ذكر في فتاوى قاضيخان: ولو أوصى لإخوته الثلاثة المتفرقين وله ابن جازت الوصية لهم بالسوية أثلاثاً لأنهم لا يرثون مع الابن فإن كانت له بنت مكان الابن جازت الوصية للأخ لأب وللأخ لأم، وبطلت للأخ لأب وأم لأنه يرثه مع البنت، وإن لم يكن له ابن ولا بنت كانت الوصية كلها للأخ لأب لأنه لا يرثه، وبطلت للأخ لأب وأم وللأخ لأم لأنهما يرثانه. وقوله: **(وإقرار المريض للوارث على عكسه)** أي على عكس الوصية بتأويل الإيصاء أو المذكور: أي يعتبر في الإقرار

قوله: **(بتأويل الإيصاء أو المذكور)** أقول: الوصية هي المذكورة بالهاء لا المذكور، فالأولى أو ما ذكر قوله: **(ثم بين ذلك في مريض أقر لابنه العبد فأعتق فمات الأب صح الإقرار)** أقول: قوله أقر لابنه العبد الذي ليس عليه دين. قال في الكافي في فصل في اعتبار حالة الوصية قبيل باب العتق في المرض، وإذا أوصى المريض لابنه الكافر أو الرقيق أو وهب له وسلمه أو أقر له بدين فأسلم الابن أو عتق قبل موته بطل ذلك كله، أما الوصية والهبة فلما مر أن المعتبر فيهما حال الموت، وأما الإقرار وإن كان ملزماً بنفسه ولكن سبب الإرث وهو البنوة قائم وقت الإقرار فيورث تهمة الإيثار فصار باعتبار التهمة ملحقاً بالوصايا، وذلك كمن أقر لأخية وله ابن فهلك الابن ثم هلك المقر والأخ المقر له وارثه أنه باطل لما قلنا انتهى. ولا يخفى عليك مخالفته لما ذكره صاحب النهاية فتأمله قوله: **(وكلامنا فيه والأخ ليس بمحروم)** أقول: فيه بحث، فإنه يقتضي أن لا تجوز الوصية للأخ ولا الإقرار له أصلاً مع وجود الابن فليتأمل، فإن مراده فيكون وارثاً عند الإقرار بالتبين. وأما إذا لم يمت الابن تبين أنه ليس بوارث فيصح.

---

(١) أي الحديث المتقدم قبل خمسة أحاديث.

(٢) تقدم تخريجه قبل قليل.

ذلك وقت الإقرار. قال (**إلا أن تجيزها الورثة**) ويروى هذا الاستثناء فيما رويناه، ولأن الامتناع لحقهم فتجوز بإجازتهم؛ ولو أجاز بعض وردّ بعض تجوز على المجيز بقدر حصته لولايته عليه ويبطل في حق الرادّ. قال:

المفعول حرف تعريف. وقد تقرر في علم الأدب أن الألف واللام في اسم الفاعل والمفعول عند غير المازني من عامة أئمة العربية اسم موصول لا حرف تعريف وصلته اسم الفاعل أو المفعول، فحينئذٍ يصير لفظ المذكور في معنى ما ذكر فيعود الضمير المستتر في اسم الفاعل والمفعول إلى الموصول الذي هو الألف واللام، ولا يلزم إلحاق تاء التأنيث بصلته لعدم علامة التأنيث في لفظ ذلك الموصول، فإن في اللفظ مفرد مذكر صالح للمثنى والمجموع والمؤنث أيضاً ككلمة «ما» وكلمة «من» كما صرحوا به. نعم يجوز إلحاقها باعتبار المعنى المراد بذلك هنا وهو الوصية، لكن الأمر في كلمة ما أيضاً كذلك فلا فرق بين المذكور وما ذكر في جواز تذكير الصلة نظراً إلى لفظ الموصول وجواز تأنيثها نظراً إلى المعنى المراد بالموصول. وعن هذا ترى ثقات أهل العربية يؤوّلون المؤنث الذي عبر عنه بضمير المذكر أو باسم الإشارة المذكر في مواضع شتى من كتب علم البلاغة بل في التفاسير أيضاً بالمذكور كما يؤولونها بما ذكر من غير فرق ثم إن كان المراد بقولهم بتأويل المذكور في أمثال هذا المقام أن يقال بتأول الشيء المذكور على أن يقدر الموصوف المذكر كان الأمر أسهل ويرتفع الاشتباه بالكلية. ثم إن الشراح قاطبة قالوا في تفسير قول المصنف وإقرار المريض للوراث على عكسه: أي يعتبر في الإقرار للوارث وقت الإقرار لا وقت الموت. وقال صاحب النهاية بعد ذلك: إن اعتبار وقتِ الإقرار دون وقت الموت ليس على إطلاقه، بل ذلك إذا كان كونه وارثاً بسبب حادث، وأما إذا كان كونه وارثاً بسبب كان وقت الإقرار فيعتبر كونه وراثاً وقت الموت أيضاً، ثم بين ذلك في مريض أقرّ لابنه العبد فأعتق فمات الأب حيث صح الإقرار لأن وراثته تثبت بسبب حادث وهو الإعتقاق وقبله كان عبداً وكسب العبد لمولاه، فهذا الإقرار في المعنى حصل للمولى وهو أجنبي فلا يبطل بصيرورة الابن وارثاً بسبب حادث. ولو أقرّ لأخيه وله ابن ثم مات الابن قبله حتى صار الأخ وارثاً بطل إقراره عندنا لأنه لما كان وارثاً بسبب قائم وقت الإقرار تبين أن إقراره حصل لوارثه وذلك باطل، هذا حاصل ما ذكره. وقال صحاب العناية بعد نقل ما ذكر في النهاية على الوجه المزبور. وأرى أن إطلاق المصنف يغني عن ذلك التطويل وذلك لأنه قال: يعتبر في إقرار المريض لوارثه كونه وارثاً عند الإقرار، والعبد ليس بوارث عند الإقرار لكونه محروماً فلا يكون إقراراً للوارث وكلامنا فيه والأخ ليس بمحروم فيكون وراثاً عند الإقرار، وإن كان محجوباً والإقرار للوارث باطل انتهى. أقول: فيه نظر لأن مدار هذا التوجيه أن يكون مراد المصنف بالوارث ما يعم المحجوب ويقابل المحروم، وليس بسديد، إذ لو كان مراده بالوارث هنا ذلك لكان مراده به في قوله ويعتبر كونه وارثاً أو غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية أيضاً ذلك، وإلا لم ينم قوله وإقرار المريض للوراث على عكسه، فإن أمر الانعكاس إنما يتحقق

للوارث وقت الإقرار لا وقت الموت. ذكر في النهاية أن اعتبار وقت الإقرار دون وقت الموت ليس على إطلاقه، بل ذلك إذا كان كونه وارثاً بسبب حادث. وأما إذا كان كونه وارثاً بسبب كان وقت الإقرار فيعتبر كونه وارثاً وقت الموت أيضاً. ثم بين ذلك في مريض أقرّ لابنه العبد فأعتق فمات الأب حيث صح الإقرار لأن وراثته ثبتت بسبب حادث وهو الإعتاق وقبله كان عبداً وكسب العبد لمولاه فهذا الإقرار في المعنى حصل للمولى وهو أجنبي فلا يبطل بصيرورة الابن وارثاً بسبب حادث. ولو أقرّ لأخيه وله ابن ثم مات الابن قبله حتى صار الأخ وارثاً بطل إقراره عندنا، لأنه لما كان وارثاً بسبب قائم وقت الإقرار تبين أن إقراره حصل لوارثه وذلك باطل، هذا حاصل ما ذكره. وأرى أن إطلاق المصنف يغني عن ذلك التطويل، وذلك لأنه قال يعتبر في إقرار المريض لوارثه كونه وارثاً عند الإقرار والعبد ليس بوارث عند الإقرار لكونه محروماً فلا يكون إقراراً للوارث وكلامنا فيه والأخ ليس بمحروم فيكون وارثاً عند الإقرار وإن كان محجوباً، والإقرار للوارث باطل. وقوله: (**إلا أن تجيزها الورثة**) استثناء من قوله ولا تجوز لوارثه ويروى هذا الاستثناء فيما رويناه من قوله ﷺ «ألا لا وصية لوراث». وقوله: (**ولأن**

(ويجوز أن يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم) فالأول لقوله تعالى: **﴿لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين﴾** الآية. والثاني لأنهم بعقد الذمة ساووا المسلمين في المعاملات ولهذا جاز التبرّع من الجانبين في حالة الحياة فكذا بعد الممات **(وفي الجامع الصغير الوصية لأهل الحرب باطلة)** لقوله تعالى: **﴿إنما ينهاكم الله عن الذين**

عند اتحاد المراد بالوراث، ولو كان المراد بالوارث هناك أيضاً ذلك لفسد المعنى، إذ لا يخفى أن الموصى له إذا كان محجوباً عن الميراث عند موت الموصي تجوز الوصية له كما يدل عليه قطعاً ما ذكره الإمام قاضيخان في فتاواه، ونقله الشراح بأسرهم عنه من قبل وهو أنه لو أوصى لإخوته الثلاثة المتفرقين وله ابن جازت الوصية لهم بالسوية أثلاثاً لأنهم لا يرثون مع الابن، فإن كانت له بنت مكان الابن جازت الوصية للأخ لأب والأخ لأم، وبطلت للأخ لأب وأم لأنه يرث مع البنت، وإن لم يكن له ابن ولا بنت كانت الوصية للأخ لأب لأنه لا يرثه، وبطلت للأخ لأب وأم وللأخ لأم لأنهما يرثانه انتهى. فظهر أن المراد بالوارث هنا ما ثبت له الإرث بالفعل بأن لا يكون محروماً ولا محجوباً فاحتيج إلى التقييد في صورة الإقرار بما ذكره صاحب النهاية. ثم إن صاحب الغاية ردّ على صاحب النهاية هنا بوجه آخر حيث قال: وذكر في وصايا الجامع الصغير: لو أن المريض أقرّ لابنه بدين وهو نصراني أو عبد ثم أسلم الابن أو أعتق العبد ثم مات الرجل فالإقرار باطل، لأنه حين أقر كان سبب التهمة بينهما قائماً وهو القرابة التي صار بها وراثاً في ثاني الحال. ثم قال: فعن هذا عرفت أن ما ذكر بعضهم في شرحه سهو منه لا يصح نقله وهو أنه قال: أقرّ لابنه بدين وابنه عبد ثم أعتق ثم مات الأب وهو من ورثته فإقراره بالدين جائز لأن كسب العبد لمولاه، فهذا الإقرار حصل من المريض في المعنى للمولى وهو أجنبي منه اهـ. أقول: الساهي هنا صاحب الغاية نفسه، لأنه ذلك البعض الذي نسب السهو إليه، فإن المصنف ذكر ما ذكره ذلك البعض نقلاً من كتاب الإقرار في فصل اعتبار حالة الوصية من باب الوصية بالثلث فيما سيأتي. واعترف صاحب الغاية أيضاً ثمة بأن الصدر الشهيد وغيره ذكروا ما ذكره المصنف هناك نقلاً عن كتاب الإقرار، فما قاله هنا من أنه سهو منه لا يصح لعله غفول عن ذلك وسهو من نفسه كما لا يخفى. نعم ما ذكره ذلك البعض هنا يخالف رواية وصايا الجامع الصغير لكن لا يلزم منه السهو، فإنه بنى كلامه هنا على رواية كتاب الإقرار، ومثل هذا ليس بعزيز في كلمات الثقات. ثم إن تاج الشريعة بعد أن فسر قول المصنف وإقرار المريض للوراث على عكسه بقوله: أي يعتبر كونه وارثاً وغير وراث وقت الإقرار لا زمان الموت. قال: فلو كان وقت الإقرار وارثاً لا يصح الإقرار وإن لم يكن وارثاً زمان الموت، ولو لم يكن وقت الإقرار وارثاً صح الإقرار وإن صار وارثاً زمان الموت، لأن الإقرار إيجاب في الحال ولهذا يملكه المقر له في الحال ويصح ردّه في الحال انتهى. أقول: فيه بحث، فإن قوله فلو كان وقت الإقرار وارثاً لا يصح الإقرار وإن لم يكن وارثاً زمان الموت مما ينافيه ما نص عليه الإمام قاضيخان في فتاواه في فصل إقرار المريض من كتاب الإقرار حيث قال: ولو أقرّ لوارث ثم خرج من أن يكون وارثاً بأن أقر الأخ له ثم ولد له ابن ثم مات المريض صح إقراره انتهى. ثم إن لبعض المتأخرين هنا كلمات مفصلة غير خالية عن الاختلال في بعض مواضعها تركنا ذكرها وبيان اختلالها مخافة من الإطناب الممل قوله: **(قال ويجوز أن يوصي المسلم للكافر)** قال في الكفاية: أراد به الذمي بدليل التعليل، ورواية الجامع الصغير أن الوصية لأهل الحرب باطلة انتهى. أقول: فيه أن قوله ويجوز أن يوصي المسلم للكافر لفظ القدوري والتعليل ورواية الجامع الصغير إنما هما من كلام المصنف، فكيف يصح جعل كلام المصنف دليلاً على إرادة القدوري بالكافر الذمي دون مطلق الكافر كما هو الظاهر من لفظه، على أن المراد

قال المصنف: **(والثاني لأنهم بعقد الذمة ساووا المسلمين في المعاملات)** أقول: لا اختصاص لهذا الدليل بالثاني، بل يعم الأول أيضاً قوله: **(وإنما جعل هذا التصديق أفضل)** أقول: فيه بحث.

قاتلوكم في الدين﴾ الآية. قال: **(وقبول الوصية بعد الموت فإنها قبلها الموصى له حال الحياة أو ردّها فذلك باطل)** لأن أوان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به فلا يعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقد. قال: **(ويستحبّ أن يوصي الإنسان بدون الثلث)** سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء، لأن التنقيص صلة القريب بترك ما له عليهم، بخلاف استكمال الثلث، لأنه استيفاء تمام حقه فلا صلة ولا منة، ثم الوصية بأقل من الثلث أولى أم تركها؟ قالوا: إن كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فالترك أولى لما فيه من الصدقة على القريب، وقد قال عليه الصلاة والسلام «أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح» ولأن فيه رعاية حق الفقراء والقرابة جميعاً، وإن كانوا أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فالوصية أولى لأنه يكون صدقة على الأجنبي، والترك هبة من القريب والأولى أولى لأنه يبتغى بها وجه الله تعالى. وقيل في هذا الوجه يخير لاشتمال كل منهما على فضيلة وهو الصدقة والصلة فيخير بين الخيرين. قال: **(والموصى به يملك بالقبول)** خلافا لزفر، وهو أحد قولي الشافعي. هو يقول: الوصية أخت الميراث، إذ كل منهما خلافة لما أنه انتقال، ثم الإرث يثبت من غير قبول فكذلك الوصية. ولنا أن الوصية إثبات ملك جديد، ولهذا لا يردّ الموصى له بالعيب، ولا يردّ عليه بالعيب، ولا يملك أحد إثبات الملك لغيره إلا بقبوله. أما الوراثة فخلافة حتى يثبت فيها هذه الأحكام فيثبت جبراً من الشرع من غير قبول. قال: **(إلا في مسألة واحدة وهي أن يموت الموصي ثم يموت الموصى به قبل القبول فيدخل الموصى له في ملك ورثته)** استحسانا، والقياس أن تبطل الوصية لما بينا أن

بأهل الحرب في رواية الجامع الصغير هو الحربي الغير المستأمن، لأن لفظ الجامع الصغير هكذا الوصية لحربي هو في دارهم باطلة كما ذكر في الكافي وغيره فبقي الحربي المستأمن خارجاً عن مسألة الجامع الصغير، فكيف تكون رواية الجامع الصغير دليلاً على كون المراد بالكافر في لفظ الكتاب هو الذمي دون ما يعم الحربي المستأمن، وقد صرح في المحيط وغيره بأنه يجوز أن يوصي المسلم للحربي المستأمن في ظاهر الرواية كما يجوز أن يوصي للذمي. نعم يجوز أن يكون اختصاص التعليل الذي ذكره المصنف بالذمي دليلاً على حمل المصنف مراد القدوري بالكافر على الذمي، وإن لم يكن دليلاً على أن يكون مراد القدوري بذلك في نفسه هو الذمي. وأما ذكر المصنف رواية الجامع الصغير التي تختص بالحربي الغير المستأمن فلا يكون دليلاً على حمل المصنف أيضاً إياه على الذمي فقط كما لا يخفى قوله: **(وفي الجامع الصغير الوصية لأهل الحرب باطلة)** قال شراح الجامع الصغير: ذكر في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية لهم، فوجه التوفيق بين الروايتين أنه لا ينبغي أن يفعل، وإن فعل جاز وثبت الملك لأنهم من أهل الملك انتهى. واقتفى أثرهم صاحب الكافي وشراح هذا الكتاب. أقول: والإنصاف أن لفظة باطلة في عبارة الجامع الصغير مما يأبى التوفيق المذكور جداً، إذ قد تقرر عندهم أن الباطل من العقود لا يفيد الملك،

الامتناع لحقهم) أي لحقهم الذي هو تأذيهم بإيثار البعض دون البعض، وبالتفسير على هذا الوجه يندفع ما قيل لو كان الامتناع لحقهم لجاز فيما دون الثلثين أجازوا أو لم يجيزوا لأنه لا حق لهم في الثلث كما في الوصية للأجنبي قوله: **(ولو أجاز بعض)** ظاهر. قال: **(ويجوز أن يوصي المسلم للكافر)** وصية المسلم للكافر الذمي وعكسها جائزة، فأما الأول فلقوله تعالى: ﴿لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين﴾ الآية، نفي النهي عن البرّ إليهم، والوصية لهم برّ إليهم فكانت غير منهية. وأما الثاني فلما ذكره في الكتاب. وأما الوصية لأهل الحرب ففي رواية الجامع الصغير باطلة، وقالوا في شروح الجامع الصغير: إنه ذكر في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية لهم. ووجه التوفيق بين الروايتين أنه لا ينبغي أن يفعل، وإن فعل ثبت الملك لهم لأنهم من أهل الملك. وأما وصية الحربي بعد ما دخل دارنا بأمان فإنها جائزة، لأنه له ولاية تمليك ماله في حياته فكذا بعد وفاته، خلا أنه لا فرق بين وصيته بالثلث وبجميع ماله، لأنه منع المسلم عما زاد على الثلث لحق ورثته المسلمين لأنه معصوم عن الإبطال وورثة الحربي ليست كذلك. وقوله: **(وقبول الوصية بعد الموت)** على ما ذكره في الكتاب ظاهر، والقبول ليس بشرط لصحة الوصية، وإنما هو شرط ثبوت الملك للموصى إليه، والوصية شبه بالميراث من حيث أنها تملك

الملك موقوف على القبول فصار كموت المشتري قبل قبوله بعد إيجاب البائع، وجه الاستحسان أن الوصية من جانب الموصى قد تمت بموته تماماً لا يلحقه الفسخ من جهته، وإنما توقفت لحق الموصى له، فإذا مات دخل في

بخلاف الفاسد منها فإنه يفيد الملك عند تحقق القبض، فلو كان المذكور في الجامع لفظة فاسدة بدل لفظة باطلة لكان لذلك التوفيق وجه وليس فليس. ثم أقول: لعل الحق هنا رأي صاحب المحيط، فإنه لم يقبل قولهم ذكر في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية للحربي، بل نقل ما ذكر في السير الكبير واستنبط منه بطلان الوصية للحربي حيث قال: وفي شرح الطحاوي قالوا: وذكر في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية للحربي. واختلف المشايخ فيه: منهم من وفق بين ما ذكر في الأصل وبين ما ذكر في السير الكبير فقال: لا ينبغي للمسلم أن يوصي للحربي كما ذكر في الأصل، ولكن لو فعل جازت وثبت الملك للموصى له كما ذكر في السير الكبير. ومنهم من قال في المسألة روايتان، هكذا قالوا. والمذكور في السير الكبير أن الوصية للحربي باطلة، والصورة المذكورة ثمة لو أوصى مسلم لحربي والحربي في دار الحرب لا تجوز فإن خرج الحربي الموصى له إلى دار الإسلام بأمان وأراد أخذ وصيته لم يكن له من ذلك شيء وإن أجازت الورثة لأن الوصية وقعت بصفة البطلان فلا تعمل إجازة الورثة فيها، فقد نص على عدم الجواز في أصل المسألة ونص على البطلان في الفرع وأنه دليل على بطلانها، إلى هنا لفظ المحيط فتأمل. ثم إن صاحب الدرر والغرر بعد أن ذكر التوفيق المارّ الذكر في عامة الكتب وعزاه إلى الكافي والنهاية قال: أقول لا يخفى بعده، بل وجه التوفيق ما يدل عليه قول الجامع الصغير وهو في دارهم فإنه احتراز عن حربي ليس في دارهم وهو المستأمن، فإن الحربي ما دام في دار الحرب ممن يقاتلنا بخلاف المستأمن فإنه ليس كذلك، وهو المراد مما ذكر في السير الكبير، انتهى كلامه. أقول: هذا كلام عجيب، فإن لفظ السير الكبير على ما نقله صاحب المحيط: لو أوصى مسلم لحربي والحربي في دار الحرب لا يجوز انتهى، فكيف يمكن أن يكون المستأمن هو المراد مما ذكر في السير الكبير قوله: **(وقبول الوصية بعد الموت، فإن قبلها الموصى له حال الحياة أو ردّها فذلك باطل)** قال بعض المتأخرين: لا يخفى أن بيان وقت القبول حقه أن يقدم على بيان وجوب القبول فينبغي أن يقدم قوله فالموصى به يملك بالقبول على قوله وقبول الوصية بعد الموت فضلاً عن أن يتوسط بينهما مسألة استحباب الوصية بما دون الثلث اهـ. أقول: خبط ذلك القائل في تحريره هذا خبط عشواء، لأن بيان وقت القبول إن كان حقه أن يقدم على بيان وجوب القبول فيكف يصح قوله فينبغي أن يقدم قوله فالموصى به يملك بالقبول على قوله وقبول الوصية بعد الموت، لأن الذي ينبغي أن يقدم إنما هو ما حقه أن يقدم وهو بيان وقت القبول على مقتضى صريح كلامه المذكور، فيلزم أن يكون الذي ينبغي عكس ما ذكره وذلك عين ما وقع في كلام المصنف، فكأنه أراد أن يقول: لا يخفي أن بيان وجوب القبول حقه أن يقدم على بيان وقت القبول فخبط في تحريره حيث عكس الأمر قوله: **(ويستحب أن يوصي الإنسان بدون الثلث سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء لأن في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم)** أقول: لقائل أن يقول: كما أن في التنقيص صلة القريب كذلك في التكميل صدقة على

بالموت، وشبه بالهبة من حيث أنها تملك بتمليك الغير، فاعتبرنا شبه الهبة في حق القبول ما دام ممكناً من الموصى له فقلنا: لا تملك قبل القبول، واعتبرنا شبه الميراث بعد القبول فقلنا إنه يملكها بعده من غير قبض عملاً بالشبهين بقدر الإمكان. وإن مات الموصى له من غير ردّ وقبول فقد ذكر في الكتاب أن الوصية تبطل قياساً، ويلزم ذلك ورثة الموصى له ردوا أو قبلوا في الاستحسان. وقوله: **(ويستحب أن يوصي الإنسان)** واضح. وحاصله أن التقليل في الوصية أفضل، وإليه الإشارة في قوله «إنك أن تدع عيالك» الحديث، ومعناه ورثتك أقرب إليك من الأجانب، فترك المال لهم خير من الوصية، وهو مرويّ عن

قال المصنف: **(وقد قال النبي عليه الصلاة والسلام «أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح»)** أقول: هذا الحديث لا يفي بتمام

ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري إذا مات قبل الإجازة. قال: **(ومن أوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية)** لأن الدين يقدم على الوصية لأنه أهم الحاجتين فإنه فرض والوصية تبرّع، وأبداً يبدأ بالأهم فالأهم. **(إلا أن يبرئه الغرماء)** لأنه لم يبق الدين فتنفذ الوصية على الحد المشروع لحاجته إليها. قال: **(ولا تصح وصية**

الأجنبي، وفيما إذا كانت الورثة أغنياء كانت الصلة لهم هبة منهم، فالصدقة أولى من الهبة كما سيجيء التصريح به في تعليل كون الوصية بدون الثلث أولى من تركها فيما إذا كانت الورثة أغنياء أو يستغنون بنصيبهم، فينبغي أن يكون التكميل أيضاً أولى من التنقيص فيما إذا كانت الورثة أغنياء لتلك العلة فما وجه التعميم هنا. والجواب أن في التنقيص أصل صلة القريب لا زيادتها، وفي التكميل زيادة الصدقة لا أصلها لتحقق أصلها بما دون الثلث بدون التكميل، ففي اختيار التكميل تفويت صلة القريب عن أصلها: أي بالكلية، وليس في التنقيص تفويت الصدقة بالكلية بل فيه تفويت بعضها، فكان في اختيار التنقيص العمل بالفضيلتين معاً فضيلة الصدقة وفضيلة صلة القريب، وفي اختيار التكميل العمل بفضيلة واحدة فقط وهي فضيلة الصدقة ولا ريب أن العمل بهما معاً أولى من العمل بأحدهما فقط قوله: **(ثم الوصية بأقل من الثلث أولى أم تركها)** أقول: ولقائل أن يقول: قد حكم فيما مرّ آنفاً بأن الوصية بدون الثلث مستحبة سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء، ولا شك أن المستحب هو الذي كان فعله أولى من تركه فما معنى الترديد هنا بأن الوصية بأقل من الثلث أولى أم تركها والتفصيل بقوله قالوا إن كانت الورثة فقراء الخ. والجواب أن الاستحباب في قوله سابقاً ويستحبّ أن يوصى الإنسان بدون الثلث ليس بناظر إلى قوله أن يوصي الإنسان بل إلى قوله بدون الثلث: أي مصبّ الإفادة في ذلك الكلام قيده لا نفسه، فمآل معناه إلى أن التنقيص عن الثلث في الوصية مستحب مطلقاً، وهذا إنما يقتضي أن يكون التنقيص من الثلث في الوصية أولى من التكميل مطلقاً ولهذا قال المصنف في تعليله: لأن في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم، وهذا المعنى لا ينافي أن يكون ترك الوصية بالكلية أولى من التنقيص عن الثلث أيضاً في بعض الصور، فبين المصنف ذلك بما قالوا: إن كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فتركها بالكلية أولى، وإن كانوا أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فالوصية أولى، فلم يكن ترديده وتفصيله ها هنا مخالفاً لما سبق آنفاً، بل كان بملاحظة ذلك ورعايته على حاله، هكذا ينبغي أن يفهم هذا المقام

أبي بكر وعمر قالا: لأن يوصي بالخمس أحب إلينا من أن يوصي بالربع، ولأن يوصى بالربع أحب إلينا من أن يوصي بالثلث. والكاشح: العدوّ الذي ولى كشحه، وهو ما بين الخاصرة إلى الضلع، وقيل الكاشح: الذي أضمر العداوة في كشحه، وإنما جعل هذا التصدق أفضل لأن في التصدّق عليه مخالفة النفس وقهرها. وقوله: **(والموصى به يملك بالقبول)** واضح وقد تقدم لنا الكلام عليه قبيل هذا. وقوله: **(ولهذا لا يردّ الموصى له بالعيب)** صورته أن يشتري المريض شيئاً ويوصي شيئاً ويوصي به لرجل ثم الموصى له يجده معيباً فإنه لا يردّه على بائعه **(ولا يردّ عليه بالعيب)** صورته أن يوصي بجميع ماله لإنسان ثم باع شيئاً من التركة ووجد المشتري به عيباً لا يردّه على الموصى له، ولو كان ثبوت الملك للموصى له بطريق الخلافة لثبت ولاية الردّ في الصورتين جميعاً كما في الوراث. وقوله: **(ولا يملك أحد إثبات الملك لغيره إلا بقبوله)** لئلا يعود على موضوعه بالنقض، وذلك لأن تنفيذ الوصية لمنفعة الموصى له ولو أثبتنا الملك له قبل قبوله لربما تضرر، فإنه لو أوصى له بعبد أعمى وجب عليه نفقته بلا منفعة تعود إليه، وأمثال ذلك كثيرة. وقوله: **(إلا في مسألة واحدة)** استثناء من قوله والموصى به يملك بالقبول: يعني إلا في مسألة واحدة، فإنها تملك بدون القبول. وقوله: **(لأن الدين مقدم على الوصية)** يعني في الحكم. فإن قيل: هذا التقدم مخالف لنظم الكتاب وهو قوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصي بها أو دين﴾ فالجواب ما ذكرناه في مختصر الضوء في الفرائض. قال: **(ولا تصح وصية الصبيّ)** كلامه واضح. وقوله: **(ولو لم تنفذ تبقى على غيره)** يعني إذا نفذنا الوصية كان ماله باقياً على نفسه فإنه يحصل له بسببها نيل الزلفى والدرجة العليا، ولو لم تنفذ يبقى ماله

المدعى ولذلك لم يصدره بأداة التعليل قوله: **(ثم باع شيئاً من التركة)** أقول: أي باع الموصي قوله: **(لا يرده على الموصى له)** أقول: بعد موت الموصي.

الصبيّ) وقال الشافعي: تصح إذا كان في وجوه الخير لأن عمر رضي الله عنه أجاز وصية يفاع أو يافاع[1] وهو الذي راهق الحلم، ولأنه نظر له بصرفه إلى نفسه في نيل الزلفى، ولو لم تنفذ على غيره. ولنا أنه تبرّع والصبيّ ليس من

قوله: **(لما فيه من الصدقة على القريب، وقد قال عليه الصلاة والسلام «أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح»[2])** والكاشح: العدو الذي أولى كشحه، وهو ما بين الخاصرة إلى الضلع. وقيل الكاشح: هو الذي أضمر العداوة في كشحه. وإنما جعل هذا التصديق أفضل لأن في التصديق عليه مخالفة النفس وقهرها، كذا في العناية وغيرها. أقول: فيه شيء، وهو أن الحديث حينئذٍ إنما يدل على أفضلية الصدقة على ذي الرحم الكاشح لا على أفضلية الصدقة على القريب مطلقاً كما هو المطلوب فلا يتم التقريب، وقد تنبه له بعض الفضلاء حيث قال: هذا الحديث لا يفي بتمام المدعى ولذلك لم يصدّره بأداة التعليل، إلا أن قوله ولذلك لم يصدره بأداة التعليل لا يجدي نفعاً، لأن ذلك الحديث في مقام التعليل هنا سواء صدره بأداة التعليل أو لم يصدره بها، ولهذا صدره صاحب الكافي باللام حيث قال: لقوله عليه الصلاة والسلام «أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح» ثم إن بعض المتأخرين كأنه قصد دفع ذلك القصور وإصلاح المقام فقال في شرح قول المصنف لما فيه من الصدقة على القريب: هذا قياس من الشكل الأول كبراه مطوية وهي وكل صدقة على القريب أولى من الصدقة على غيره أقيما دليلها مقامها وهو قوله وقد قال عليه الصلاة والسلام «أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح» فإنه بصريحه يدل عليه أفضلية الصدقة على ذي رحم كاشح من الصدقة على ذي رحم غير كاشح، وتخصيص الكاشح بذي الرحم يدل على أفضلية الصدقة على ذي الرحم منها على غير ذي الرحم انتهى. أقول: ليس ذاك أيضاً بتام فإنا إن أغمضنا عن منع قوله فإنه بصريحه يدل على أفضلية الصدقة على ذي الرحم كاشح من الصدقة على ذي رحم غير كاشح نمنع جداً قوله وتخصيص الكاشح بذي الرحم يدل على أفضلية الصدقة على ذي الرحم على غير في الرحم، فإن تخصيص الكاشح بذي الرحم إنما يدل على أن يكون التصدق على ذي الرحم تأثير في أفضلية الصدقة، كما أن لكونه كاشحاً تأثيراً

على غيره فكان الوصية أولى. وقوله: **(والأثر محمول على أنه كان قريب العهد بالحلم)** يعني كان بالغاً لم يمض على بلوغه زمان كثير، ومثله يسمى يافعاً مجازاً تسمية للشيء باسم ما كان عليه، أو كانت وصيته في تجهيزه وأمر دفنه. وردّ بأنه صح في رواية الحديث أنه كان غلاماً لم يحتلم وأنه أوصى لابنة عم له بمال فكيف يصح التأويل بكونه يافعاً مجازاً أو بكون الوصية في التجهيز وأمر الدفن؟ وأجيب بأن قوله كان غلاماً لم يحتلم معنى اليافع حقيقة فيجوز أن يكون الراوي نقله بمعناه. وقوله: **(أنه أوصى لابنة عم له بمال)** لا ينافي أن يكون مما يتعلق بتجهيزه وأمر دفنه. قال الطحاوي: والاحتجاج بهذا الأثر لا يصح

---

(١) موقوف. أخرجه مالك ٢/ ٧٦٢ والبيهقي ٦/ ٢٨٢ عن عمرو بن سليم أنه قيل لعمر: لههنا غلاماً يفاعاً لم يحتلم من غسان، ووارثه بالشام، وهو ذو مال وليس له ههنا إلا ابنة عم له، فقال عمر: فليوص لها، فأوصى لها بماء يقال له: بئر جشم قال عمر: فبيعت بثلاثين ألف درهم، وابنة عمه هي أم عمرو بن سليم.

قال البيهقي: الخبر منقطع فعمرو بن سليم لم يدرك عمر إلا أن ذكر في الخبر انتسابه إلى صاحب القصة.

(٢) جيد. أخرجه أحمد ٣/ ٤٠٢ من حديث حكيم بن حزام «أن رجلاً سأل رسول الله ﷺ عن الصدقات أيها أفضل؟ قال: على ذي الرحم الكاشح» رجاله كلهم ثقات ولكن قال ابن حجر في التقريب: سفيان بن حسين ثقة في غير الزهري باتفاقهم اهـ لكن توبع فقد ورد من حديث أم كلثوم أخرجه الحاكم ١/ ٤٠٦ والبيهقي ٧/ ٢٧ والطبراني في الكبير كما في المجمع ٣/ ١١٦ صححه الحاكم ووافقه الذهبي

وقال الهيثمي: ورجاله رجال الصحيح اهـ وورد من حديث أبي هريرة أخرجه أبو عبيد في كتاب الأموال باب الصدقة كما في نصب الراية ٤/ ٤٠٦ وورد من حديث أبي أيوب أخرجه أحمد في مسنده ٥/ ٤١٦ والطبراني في الكبير كما في المجمع ٣/ ١١٦

وقال الهيثمي: وفيه الحجاج بن أرطاة، وفيه كلام اهـ

الخلاصة: بمجموع طرقه، وشواهده يرقى إلى درجة الحسن الصحيح.

أهله، ولأن قوله غير ملزوم وفي تصحيح وصيته قول بإلزام قوله والأثر محمول على أنه كان قريب العهد بالحلم

فيها، ولا يلزم منه أن يكون التصدق على ذي الرحم الغير الكاشح أفضل من التصدّق على غير ذي الرحم الكاشح، لأن في كل منهما انتفاء أحد سببي الأفضلية المستفادين من الحديث الشريف، فمن أين يعلم أفضلية أحدهما من الآخر تأمل تقف قوله: **(وإن كانوا أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فالوصية أولى لأنه يكون صدقة على الأجنبي، والترك هبة من القريب والأول أولى)** أقول: لمانع أن يمنع كون الوصية صدقة على الأجنبي مطلقاً، إذ الأجنبي الموصى له قد يكون غنياً أيضاً فلم يثبت أولوية الوصية من تركها على الإطلاق فيما إذا كانت الورثة أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فتدبر قوله: **(ولهذا لا يردّ الموصى له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب)** قال جماعة من الشراح منهم صاحب العناية: صورة الأول أن يشتري المريض شيئاً ويوصي به لرجل ثم الموصى له يجده معيباً فإنه لا يرده على بائعه. وصورة الثاني أن يوصي بجميع ماله لإنسان ثم باع شيئاً من التركة ووجد المشتري به عيباً لا يرده على الموصي له انتهى. أقول: في تصوير الثاني بما ذكر نظر، لأن الموصي إذا باع شيئاً من الموصى به يصير راجعاً عن وصيته كما سيجيء تفصيله عن قريب، ففي الصورة المذكورة يكون عدم ثبوت ولاية ردّ المشتري ما اشتراه من الموصي على الموصى له بالعيب لرجوع الموصي عن وصية ما باعه من التركة ببيعه وعدم تعلق حق الموصى له بذلك بعد تحقق الرجوع عن الوصية لا لكون الوصية إثبات ملك جديد فلا يتم التقريب قوله: **(ومن أوصى وعليه دين محيط بماله لم تجز الوصية لأن الدين مقدم على الوصية لأنه أهم الحاجتين فإنه فرض والوصية تبرّع)** أقول: هذا التعليل منقوض بالوصية بنحو الحج والزكاة والكفارات فإنها واجبة على ما صرحوا به، فالأولى في التعليل البسط بأن يقال: لأنه حق العبد وأداؤه فرض، والوصية تكون بطريق التبرّع في الغالب وقد تكون بطريق الوجوب، وذلك فيما إذا كانت لأداء حقوق الله سبحانه وتعالى الفائتة كالحج والزكاة ونحوهما، وأياً ما كان يقدم الدين عليها. أما في الشق الأول فظاهر لأن أداء الدين فرض والفرض مقدم على التبرع لا محالة. وأما في الشق الثاني فلأن الدين حق العبد وحق العبد مقدم على حق الله تعالى إذا اجتمعا لاحتياج العبد دون الله تعالى كما عرف في محله قوله: **(والأثر محمول على أنه كان قريب العهد بالحلم مجازاً)** يعني كان بالغاً لم يمض على بلوغه زمان كثير، ومثله يسمى يافعاً مجازاً

من الشافعي لأنه مرسل، لأنه رواية عمرو بن سليم وهو لم يلق عمر، وعندنا المرسل وإن كان حجة لكن هذا يخالف قوله عليه الصلاة والسلام «رفع القلم عن ثلاث» وفيه نظر، لأن المراد بالقلم التكليف وما نحن فيه ليس منه. وقال ابن حزم: هو مخالف لقوله تعالى: ﴿وابتلوا اليتامى﴾ الآية، فإنها تدل على أن الصبيّ ممنوع عن ماله. وقوله: **(وهو يحرز الثواب)** جواب عن قوله ولأنه نظر له بصرفه إلى نفسه في نيل الزلفى. وقوله: **(كما بيناه)** إشارة إلى قوله فالترك أولى لما فيه من الصدقة على القريب الخ، فإنه يفيد إما أفضلية الترك في الثواب أو تساويهما فيه. وقوله: **(والمعتبر في النفع والضرر)** تنزل في الجواب كأنه يقول: سلمنا أن بالوصية يحصل الثواب دون تركها، لكن المعتبر في النفع والضرر هو النظر إلى أوضاع التصرفات دون العوارض اللاحقة؛ ألا ترى أن الطلاق لا يصح منه وإن أمكن أن يكون نافعاً بأن يطلق امرأة معسرة شوهاء ويتزوّج بأختها الموسرة الحسناء لكون ذلك من العوارض، والوصية في الأصل تبرّع والصبي ليس من أهله. وقوله: **(بخلاف العبد والمكاتب)** يعني إذا قال العبد أو المكاتب إذا أعتقت فثلث مالي وصية يصح **(لأن أهليتهما مستتمة)** أي تامة والمانع حق المولى فتصح إضافته إلى حال سقوط المانع. وقوله: **(ولا تصح وصية المكاتب)** يعني تنجيزه لأن الإضافة إلى العتق صحيحة كما مر آنفاً. وقوله: **(والخلاف فيها معروف عرف في موضعه)** يعني في باب الحنث في ملك المكاتب والمأذون من أيمان الجامع الكبير، وما عرف ثمة هو أن المكاتب إذا قال كل مملوك أملكه فيما أستقبل فهو حر فعتق فملك لم يعتق عند أبي حنيفة وعتق عندهما. لهما أن ذكر الملك ينصرف إلى ملك كامل قابل للإعتاق وهو ما بعد الحرية. ولأبي حنيفة أن للمكاتب نوعين من الملك: أحدهما ظاهر وهو ما قبل الإعتاق، والثاني غير ظاهر وهو ما بعد الإعتاق فينصرف اليمين إلى الظاهر دون غير الظاهر. وقوله: **(وتجوز الوصية للحمل)** مثل أن يقول أوصيت بثلث مالي لما في بطن فلانة **(وبالحمل)** كما إذا أوصى

مجازا أو كانت وصيته في تجهيزه وأمر دفنه، وذلك جائز عندنا، وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته كما بيناه،

تسمية للشيء باسم ما كان كذا في العناية وغيرها **(أو كانت وصيته في تجهيزه وأمر دفنه وذلك جائز عندنا)** قال صاحب الغاية: وفيه نظر عندي، لأنه صرح الراوي بأنه أوصى لابنة عم له بمال فكيف يسمي ذلك وصية بتجهيز نفسه، وكيف يحتمل أن يقال إنه كان أدرك لكن سمى غلاماً مجازاً لأنه صح في رواية الحديث أنه كان غلاماً لم يحتلم انتهى. وردّ صاحب العناية حاصل نظره، والجواب عنه حيث قال: وردّ بأنه صح في رواية الحديث أنه كان غلاماً لم يحتلم وأنه أوصى لابنة عم له بمال فكيف يصح التأويل بكونه يافعاً مجازاً أو بكون الوصية في التجهيز وأمر الدفن؟ وأجيب بأن قوله كان غلاماً لم يحتلم معنى اليافع حقيقة فيجوز أن يكون الراوي نقله بمعناه، وقوله أنه أوصى لابنة عم له بمال لا ينافي أن يكون مما يتعلق بتجهيزه وأمره دفنه. أقول: ليس ذاك الجواب بسديد. أما أوّلا فلأنه إذا كان لفظ اليافع في الأثر المزبور مجازاً عمن كان بالغاً لم يمض على بلوغه زمان كثير كان معنى اليفاع حقيقة غير مراد في ذلك الأثر بل غير واقع في أصل القصة، فلو كان الراوي نقله بمعناه الحقيقي لزم أن يكذب في نقله ولا يخفى ما فيه. وأما ثانياً: فلأن قوله وقوله أنه أوصى لابنة عم له بمال لا ينافي أن يكون مما يتعلق بتجهيزه وأمر دفنه ممنوع جداً، فإن معنى أوصى له بمال ملكه إياه وما يتعلق بتجهيزه وأمر دفنه لا يكاد أن يكون ملكاً لغيره كما لا يخفى.

بما في بطن جاريته ولم يكن من المولى إذا علم أنه ثابت، موجود في البطن وقت الوصية له أو به؛ ومعرفة ذلك بأن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية على ما ذكره الطحاوي واختاره المصنف وصححه الإسبيجاني في شرح الكافي، ومن وقت موت الموصي على ما ذهب إليه الفقيه أبو الليث واختاره صاحب النهاية **(أما الأول)** وهو الوصية للحمل **(فلأنها استخلاف من وجه لأنه يجعله خليفة في بعض ماله)** بعد موته لا أنه يملكه في الحال والاستخلاف يصلح له الجنين إرثاً فكذا وصية لأنهما أختان. فإن قيل: لو كانتا أختين لما جاز ردها كما لم يجز رده أجاب بقوله: **(إلا أنه)** أي فعل الوصية أو الإيصاء **(يرتدّ بالرد لما فيه من التمليك)** دون الميراث لعدم ذلك فيه. وقوله: **(بخلاف الهبة)** متصل بقوله وتجوز الوصية للحمل: يعني أن الهبة للحمل لا تصح **(لأنها تمليك محض)** والجنين ليس بصالح لذلك لأن الملك بالهبة إنما يثبت بالقبض **(ولا قدرة لأحد عليه ليملكه شيئاً)** يحصل الملك فيه بالقبض. **(وأما الثاني)** وهو الوصية به **(فلأنه)** أي الحمل **(بعرضية الوجود)**، إذ الكلام فيما إذا علم وجوده وقت الوصية، فإن وضع المسألة فيما إذا وضعت لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية أو الموت وبذلك يعلم وجود وقت الوصية لا محالة. ولقائل أن يقول: في كلام المصنف تناقض ظاهر لأنه، لا يعلم وجود شيء إلا بعد أن يكون موجوداً، وإذا كان موجوداً لا يكون بعرض الوجود. والجواب أن معنى قوله بعرض الوجود بعرض وجود يصلح لورود القبض عليه، ومعنى قوله إذا علم وجوده تحققه وكونه في بطن الأم فاندفع التناقض. وقوله: **(وبابها أوسع لحاجة الخ)** وإن اختلج في ذهنك تناقض آخر بين سعيه لإثبات الوجود لجواز الوصية وتوضيحه للجواز بصحتها في غير الموجود، فالجواب ستسمعه إن شاء الله تعالى. وقوله: **(ومن أوصى بجارية)** يعني من قال أوصيت بهذه الجارية لفلان إلا حملها صحت الوصية والاستثناء جميعاً **(لأن اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظاً)** لأنه ليس بموضوع له ولا هو داخل في الموضوع وما لا يتناوله اسم الجارية صح استثناؤه من الجارية كقميصها وسراويلها مما يلتبس بها، وفيه إشارة إلى ما يقال الحمل جزء من الأم قبل الانفصال كاليد والرجل، ولو استثنى اليد أو الرجل لم يجز فكذلك الحمل، وذلك لأن اسم الجارية

قال المصنف: **(فإنه فرض والوصية تبرع)** أقول: فيه أن بعض الوصايا واجبة، كالوصية بالحج والزكاة، فالدليل قاصر كما لا يخفى قوله: **(ورد بأنه صح في رواية الحديث أنه كان غلاماً، إلى قوله: نقله بمعناه)** أقول: الرد للإتقاني، وفي شرح الوجيز للرافعي في وصية الصبي المميز وتدبيره قولان أرجحهما عند الأستاذ أبي منصور أنهما صحيحان لما روي أن غلاماً من غسان حضرته الوفاة وله عشر سنين فأوصى لبنت عم له وله وارث، فرفعت القضية إلى عمر فأجاز. وعن عثمان أجاز وصية غلام ابن إحدى عشرة سنة، ولأن الوصية لا تزيل ملكه في الحال وتفيد الثواب بعد الموت فتصح كسائر القربات، وبهذا القول قال مالك وأحمد. والثاني وهو الأظهر عند الأكثرين وبه قال أبو حنيفة إنهما باطلان كهبته وإعتاقه، وذلك لأنه لا عبارة له ولهذا لا يصح بيعه وإن كان فيه غبطة انتهى قوله: **(وقوله إنه أوصى**

والمعتبر في النفع والضرر النظر إلى أوضاع التصرفات لا إلى ما يتفق بحكم الحال اعتبره بالطلاق فإنه لا يملكه ولا وصية وإن كان يتفق نافعاً في بعض الأحوال، وكذا إذا أوصى ثم مات بعد الإدراك لعدم الأهلية وقت المباشرة، وكذا إذا قال إذا أدركت فثلث مالي لفلان وصية لقصور أهليته فلا يملكه تنجيزا وتعليقاً كما في الطلاق والعتاق،

نعم لو كان المروى في الأثر أنه أوصى إلى ابنة عم له بكلمة إلى بدل كلمة اللام لم يلزم التنافي، لأن معنى أوصى إليه جعله وصياً فيجوز أن تكون ابنة عمه وصيته في تجهيزه وأمر دفنه، ولما كان المروى في ذلك أنه أوصى لابنة عم له بمال لم يبق للتأويل المذكور مجال قوله: **(قوله وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته كما بيناه)** قال في العناية: قوله يحرز الثواب جواب عن قوله ولأنه نظر له بصرفه إلى نفسه في نيل الزلفى، وقوله كما بيناه إشارة إلى قوله فالترك أولى لما فيه من الصدقة عن القريب الخ، فإنه يفيد إما أفضلية الترك في الثواب أو تساويهما فيه انتهى. أقول: فيه إشكال، لأنه إن أراد أن قوله لما بيناه إشارة إلى قوله فالترك أولى لما فيه من الصدقة إلى آخره: أي إلى آخر تعليل تلك المسألة وهو ما ينتهي عند قوله وإن كانوا أغنياء يلزم أن لا يتم كلام المصنف هنا فإنه إنما يتمشى في

يتناولهما. فإن قيل: كيف صح الاستثناء وهو تصرف لفظي لا يرد على ما لا يتناوله اللفظ، فالجواب أن صحته باعتبار تقرير ملك الموصى فيه كما كان قبل الوصية، كما لو قال أوصيت لفلان بألف درهم إلا فرساً، فإن الوصية في الألف صحيحة والاستثناء أيضاً صحيح في تقرير ملكه في الفرس لا باعتبار خروجه عن المستثنى منه فإنه لم يكن داخلاً. فإن قيل: لا نسلم أن اسم الجارية لا يتناول الحمل فإنه لو لم يستثن استحقه الموصى له، ولو لم يتناوله لما استحقه كغيره من أحواله. أجاب بقوله ولكنه يستحق بالإطلاق تبعاً: يعني أنه لم يتناوله بالعموم بل يستحق إذا أطلق الموصي عن قيد الإفراد، فإذا أفرد الأم لم يبق مطلقاً بل تقيدت الأم بالإفراد فصحت الوصية بها مفردة. وقوله: **(ولأنه يصح)** قد ذكره في البيوع. قال: **(ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية)** الرجوع عن الوصية جائز لوجهين: أحدهما أنه تبرّع لم يتم لأن تمامها بموت الموصي والتبرّع التام كالهبة جاز الرجوع فيه ففيما لم يتم أولى. والثاني أن القبول يتوقف على الموت، والإيجاب المفرد يجوز إبطاله في المعاوضات كما في البيع ففي التبرّع أولى، ثم الرجوع قد يكون صريحاً وهو أن يقول رجعت عما أوصيت به لفلان، وقد يكون دلالة وله أنواع ذكر المصنف لها في الكتاب ضوابط هي جامعة واضحة.

وقوله: **(وإن جحد الوصية لم يكن رجوعاً، كذا ذكره محمد)** اعلم أن محمداً ذكر في الجامع أن جحود الوصية ليس برجوع، وذكر في المبسوط أنه رجوع، فمن مشايخنا من حمل المذكور في الجامع على الجحود في غيبة الموصى له، وهو ليس برجوع في الروايات كلها لأن الجحود إنما يلتفت إليه إذا صح الإنكار، والإنكار على الغائب لا يصح لأنه من باب المعارضة المقتضية معارضاً، والمذكور في المبسوط محمول على الجحود بحضرة الموصى له وهو رجوع في الروايات كلها لصحة الإنكار حينئذٍ. ومنهم من حمل المذكور في الجامع على صورة الجحود لا على الجحود الحقيقي فإنه قال فيه: إذا أوصى الرجل لرجل بثلث ماله ثم قال لقوم اشهدوا أني لم أوص لفلان لا بقليل ولا بكثير لا يكون هذا رجوعاً، لأنه قوله اشهدوا إني لم أوص لفلان طلب شهادة الزور منهم فيكون معناه قد أوصيت لفلان بكذا، إلا أني سألتكم أن تشهدوا لي بالباطل، وطلب شهادة بالباطل لا يكون رجوعاً لأنه ليس بجحود حقيقة، وما ذكره في المبسوط على الجحود الحقيقي وهو رجوع على الروايات كلها. ومنهم من قال: المذكور في الجامع جواب القياس، والمذكور في المبسوط جواب الاستحسان. ومنهم من قال: في المسألة روايتان. قال شيخ الإسلام: وهو الأصح. ومنهم من قال: المذكور في الجامع قول محمد، والمذكور

لابنه عم له بمال لا ينافي أن يكون مما يتعلق بتجهيزه وأمر دفنه) أقول: لو أريد ذلك لقيل إلى ابنه عم له قوله: **(وهو مخالف لقوله تعالى ﴿وابتلوا اليتامى﴾ الآية)** أقول: هذه الآية في أوائل سورة النساء قوله: **(أو تساويهما فيه)** أقول: فيه بحث، فإن التساوي فيه ضعيف، ولذلك أورده المصنف بصيغة التمريض قوله: **(كأنه يقول: سلمنا أن بالوصية يحصل الثواب)** أقول: فيه بحث، فإن الوصية نوع مضبوط ليس كالطلاق وغيره فليتأمل قال المصنف: **(وتجوز الوصية للحمل وبالحمل إذا وضع لأقل من ستة أشهر)** أقول: هذا إذا لم تكن المرأة التي أوصي بحملها معتدة، فإنها حينئذٍ إذا ولدت لأقل من سنتين حتى حكم بثبوت النسب كان ذلك حكماً بوجوده في البطن حين الوصية أو حين موت الوصي ففي كلامه نوع قصور قوله: **(واختاره صاحب النهاية)** أقول: صاحب الكافي أيضاً.

بخلاف العبد والمكاتب لأن أهليتهما مستتمة والمانع حق المولى فتصح إضافته إلى حال سقوطه. قال: **(ولا تصح وصية المكاتب وإن ترك وفاء)** لأن ماله لا يقبل التبرّع، وقيل على قول أبي حنيفة لا تصح، وعندهما تصح رداً لها إلى مكاتب يقول كل مملوك أملكه فيما أستقبل فهر حرّ ثم عتق فملك، والخلاف فيها معروف عرف في موضعه. قال: **(وتجوز الوصية للحمل وبالحمل إذا وضع لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية)** أما الأول فلأن الوصية استخلاف من وجه لأنه يجعله خليفة في بعض ماله والجنين صلح خليفة في الإرث فكذا في الوصية إذ هي أخته،

صورة إن كانت الورثة فقراء فلا يحصل الجواب عن قول الشافعي رحمه الله تعالى، ولأنه نظر له بصرفه إلى نفسه في نيل الزلفى في صورة إن كانوا أغنياء، ويلزم أن لا يصح قول الشارح فإنه يفيد إما أفضلية الترك في الثواب أو تساويهما فيه إذ الأفضلية متعينة حينئذٍ فلا معنى للترديد، وإن أراد بقوله الخ قوله والموصى به يملك بالقبول لتناوله صورة إن كانوا أغنياء أيضاً يلزم أن لا يجري كلام المصنف هنا، وكلام الشارح أيضاً في صورة إن كانوا أغنياء إلا على القول الضعيف المذكور هناك بقيل وهو التخيير بين الوصية وتركها على القول المختار المذكور هناك أوّلاً وهو كون الوصية أولى من تركها. وبالجملة لا يخلو المقام على كل حال عن نوع من الاختلال. قال المتأخرين هنا بعد نقل ما في العناية: وفيه أن التساوي مبني على قول ضعيف كما سبق ولا حاجة إليه في المقصود انتهى. أقول: إن قوله ولا حاجة إليه في المقصود ليس بصحيح، إذ لا أفضلية للترك في صورة إن كانت الورثة أغنياء، بل الأفضلية فيها للوصية على القول المختار أو الوصية وتركها سيان فيها على القول الضعيف كما تقرّر فيما سبق، والمقصود هنا هو الجواب عن قول الشافعي ولأنه نظر له بصرفه إلى نفسه في نيل الزلفى، ولا ريب أن ذلك المقصود لا يحصل بقول المصنف هنا وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته في صورة إن كانوا أغنياء إلا بالتشبث بالقول الضعيف في تلك المسألة وهو تساوي الوصية وتركها إذ على القول المختار فيها تكون الوصية أفضل فلا يتيسر إحراز الثواب بتركها فتحققت الحاجة إلى ذكر التساوي ليتم الجواب بالنظر إلى تلك الصورة أيضاً. وعن هذا أورد بعض الفضلاء على ما في العناية ما أورده ذلك ولم يذكر المقدمة القائلة، لا حاجة إليه في المقصود حيث قال: فيه بحث، فإن التساوي فيه ضعيف، ولذلك البعض أورده المصنف بصيغة التمريض انتهى قوله: **(وتجوز الوصية للحمل وبالحمل إذا وضع لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية)** أي وتجوز الوصية للحمل مثل أن يقول أوصيت بثلث مالي لما في بطن فلانة وبالحمل كما إذا أوصى بما في بطن جاريته ولم يكن منه لكن بشرط أن يعلم أنه موجود في البطن وقت الوصية له أو به بأن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية على ما ذكره الطحاوي وصححه الإسبيجابي في شرح الكافي واختاره المصنف، أو من وقت موت الموصي بأن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت موته على ما ذكره الفقيه أبو الليث في باب الوصايا والإمام الإسبيجابي في شرح الطحاوي واختاره صاحب النهاية، هذا زبدة ما في العناية وغاية البيان. قال بعض المتأخرين بعد أن شرح المقام بهذا المنوال: أقول: ليس مبنى هذا الاختلاف على الاختلاف في أنه هل يكفي في صحة الوصية وجود الموصى له وبه وقت موت الموصي، أو لا بد مع ذلك من وجودهما وقت الوصية لاتفاق مشايخنا على أن الشرط لصحتها وجودهما وقت الموت فقط لا وقت الوصية أيضاً لأنها تمليك بعد الموت فلا بد من وجودهما إذ ذاك دون وقت الإيْجاب بدليل ما ذكره الإمام قاضيخان، وسيجيء أيضاً أنه لو قال أوصيت بثلث مالي لفلان وليس له مال ثم استفاد مالاً كان للموصى له ثلث ما ترك، وبدليل ما ذكره صاحب المحيط نقلاً عن الأصل أنه إذا أوصى بثلث ماله لبني فلان وليس لفلان ابن يوم الوصية ثم حدث له بنون بعد ذلك ومات الموصي كان الثلث للذين حدثوا من بنيه، فتبين أن منشأ الاختلاف ليس بذاك بل خصوصية

في المبسوط قول أبي يوسف. قال شمس الأئمة السرخسي: هو الأصح، لأن المعلى قال في نوادره: قال: سألت أبا يوسف عن رجل أوصى لرجل بوصية ثم جحد، قال: يكون رجوعاً، وسألت محمداً قال: لا يكون الجحود رجوعاً، وهو مختار

إلاّ أن يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك، بخلاف الهبة، لأنها تمليك محض ولا ولاية لأحد عليه ليملكه شيئاً. وأما الثاني فلأنه بعرض الوجود، إذ الكلام فيما إذا علم وجوده وقت الوصية، وبابها أوسع لحاجة الميت وعجزه،

في المسألة اعتبرها الطحاوي ولم يتنبه لها غيره، وهي أن المفهوم عرفاً ولغة إذا قيل أوصيت لما في بطنها بكذا كونه موجوداً في بطنها وقتئذ لأن المعنى لما ثبت وتحقق في بطنها في هذا الوقت، إلى هنا كلام ذلك البعض. أقول: فيه اختلال فاحش، فإن قوله لاتفاق مشايخنا على أن الشرط لصحتها وجودهما وقت الموت فقط لا وقت الوصية أيضاً ممنوع، كيف وقد وضع في المحيط والذخيرة فصل على حدة لبيان أن المعتبر لصحة الإيجاب في الوصايا وجود الموصى به يوم موت الموصي أو وجوده يوم الوصية، وذكر هناك أن حاصل هذا الفصل أن الموصى به إذا كان معيناً يعتبر لصحة الإيجاب وجوده يوم الوصية، حتى أن من أوصى لإنسان بعين لا ملكه ثم ملكه يوماً من الدهر لا تصح الوصية، وإذا كان العين الموصى به في ملك الموصي يوم الوصية فالوصية تتعلق به حتى إذا هلك ذلك العين تبطل الوصية، ومتى كان الموصى به غير معين وهو شائع في بعض التركة فكذلك يعتبر لصحة الإيجاب وجود الموصي به يوم الوصية وتتعلق الوصية به، فلو قال أوصيت لك بثلث غنمي أو بشاة من غنمي وليس في ملكه غنم يوم الوصية لا تصح الوصية، حتى لو وجدت للموصي أغنام بعد ذلك قبل أن يموت لا يكون للموصى له من الأغنام الحادثة شيء، ومتى كان الموصى به غير معين وهو شائع في جميع التركة يعتبر لصحة الإيجاب وجود الموصى به يوم موت الموصي. فإذا أوصى لرجل بثلث ماله وله مال فهلك ذلك المال واكتسب مالاً غيره فإن ثلث ماله الذي اكتسبه للموصى له ولم تتعلق الوصية بالمال الموجود يوم الوصية حتى لا تبطل بهلاكه اهـ. فقد ظهر لك بذلك أن المعتبر لصحة الإيجاب في أكثر أقسام الوصايا وجود الموصى به وقت الوصية لا وقت الموت، فلا معنى لقوله باتفاق مشايخنا على أن الشرط لصحتها وجودهما: أي وجود الموصى له وبه وقت الموت فقط لا وقت الوصية أيضاً، وقوله في تعليل ذلك لأنها تمليك بعد الموت فلا بد من وجودهما إذ ذاك دون وقت الإيجاب ليس بتام، لأن سبب الاستحقاق هو الوصية فيجوز أن يعتبر وجودهما وقت وجود ذلك السبب، كما يجوز أن يعتبر وجودهما وقت تحقق الحكم وهو الملك، ومن هذا منشأ الاختلاف الواقع بين المشايخ على ما مرّ من قبل، وقوله بدليل ما ذكره الإمام قاضيخان، وسيجيء أيضاً أنه لو قال أوصيت لفلان بثلث مالي وليس له مال ثم استفاد مالاً كان للموصى له ثلث ما ترك ليس بصحيح، لأن ذلك إنما يكون دليلاً على كون المعتبر وقت الموت فيما إذا كان الموصى به غير معين وهو شائع في جميع التركة كما هو الحال في قوله أوصيت بثلث مالي لفلان لا فيما إذا كان الموصى به معيناً كما فيما نحن فيه، وعن هذا قال صاحب النهاية وغيره في شرح تلك المسألة التي ستجيء في الكتاب: هذا إذا كان الموصى به غير معين وهو شائع في جميع التركة كما في اسم المال، وأما إذا كان معيناً في نوع من المال فالحكم بخلافه. ونقلوا عن الذخيرة ما نقلناه عن المحيط والذخيرة من التفصيل فيما مر آنفاً. وقوله وبدليل ما ذكره صاحب المحيط نقلاً عن الأصل أنه إذا أوصى بثلث ماله لبني فلان وليس لفلان ابن يوم الوصية ثم حدث له بنون بعد ذلك ومات الموصي كان الثلث للذين حدثوا من بنيه ليس بتام، لأن ما ذكره صاحب المحيط هناك جواب ظاهر الرواية، ولا يلزم منه أن يكون الجواب في غير ظاهر الرواية أيضاً كذلك سيما عند الطحاوي، فمن أين يثبت الاتفاق بذلك وعن هذا قال صاحب البدائع: ثم يعتبر ذلك من وقت الموت في ظاهر الرواية، وعند الطحاوي من وقت وجود الوصية انتهى. وقوله فتبين أن منشأ الاختلاف ليس بذاك بل خصوصية في

المصنف واستدل لأبي يوسف بأن الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال، وإذا كان نفي الحال وحده رجوعاً فنفي الماضي والحال أولى أن يكون رجوعاً **(ولمحمد أن الجحود)** وهو أن يقول لم أوص لفلان أو ما أوصيت له

ولهذا تصح في غير الموجود كالثمرة فلأن تصح في الموجود أولى، قال: **(ومن أوصى بجارية إلا حملها صحت**

المسألة التي اعتبرها الطحاوي ولم يتنبه لها غيره، وهو أن المفهوم عرفاً ولغة إذا قيل أوصيت لما في بطنها بكذا كونه موجوداً في بطنها وقتئذ لا يكاد يصح، إذ لا نسلم جداً أن المفهوم عرفاً ولغة إذا قيل أوصيت لما في بطنها بكذا كونه موجوداً وقتئذ، بل يكفي كونه موجوداً وقت موت الموصي لثبوت حكم الوصية عند موته، وكيف يتصور من أساطين الفقهاء سيما أصحاب ظاهر الرواية أن لا يتنبهوا لما يفهم من الكلام عرفاً ولغة، ولا ينبغي أن ينسب إلى أحد منهم الغفلة عن شيء من اللغة والعرف فضلاً عن الغفلة عنهما معاً، وقوله لأن المعنى لما ثبت وتحقق في بطنها في هذا الوقت تحكم بحت، بل المعنى لما ثبت وتحقق في بطنها. وأما كون ثبوته في وقت الوصية أو في وقت الموت فأمر خارج عن مفهوم نفس اللفظ، وإنما المعين له شيء آخر هو محل الاجتهاد من الفريقين، وقد بينه صاحب البدائع بأن قال: وجه ما ذكره الطحاوي أن سبب الاستحقاق هو الوصية فيعتبر وقت وجوده. ووجه ظاهر الرواية أن وقت نفوذ الوصية واعتبارها في الحكم وقت الموت فيعتبر وجوده من ذلك الوقت انتهى. ثم إن ذلك البعض قال: واعلم أن في كلام صاحب الكافي هنا اضطراباً لأنه دل أوّله على أن اعتبار المدة من وقت الوصية فيهما: أي في الموصى له وبه، وآخره دل على أنه من وقت الموت إذا كانت الوصية للحمل ولم يظهر لي وجهه انتهى. أقول: إن صاحب الكافي. قال في أول كلامه: وتجوز الوصية للحمل وبالحمل إن ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية، ثم قال في آخره: وأما الثاني فلأنه تجري فيه الوراثة فتجري فيه الوصاية لما مر من أن الوصية أخت الميراث وقد تيقنا بوجوده يوم الموت متى جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من يوم الموت انتهى. فيجوز فيه الوجهان: أحدهما أن يكون المضاف مقدراً في قوله من الوصية فيكون المعنى من وقت وجوب الوصية، ولا يخفى أن وقت وجوب الوصية هو وقت موت الموصي فيوافق أول كلامه آخره، وقد أشار صاحب معراج الدراية إلى تأويل كلام المصنف بهذا الوجه ليوافق كلامه ما ذكر في المبسوط، وثانيهما أن يكون مراده بإيراد آخر كلامه مخالفاً لأوّله هو الإشارة إلى وقوع الروايتين في تعيين أوّل المدة التي يعلم فيها وجود الحمل في البطن، وقد خفي على ذلك البعض كل من ذينك الوجهين حيث قال: لم يظهر لي وجهه. ثم إنه أخطأ في قوله وآخره دل على أنه من وقت الموت إذا كانت الوصية للحمل، فإن الذي في آخره إنما هو الوصية بالحمل لا الوصية للحمل لأنه قال فيه: وأما الثاني ولا ريب أن الثاني في قوله وتجوز الوصية للحمل وبالحمل هو الوصية بالحمل. ثم إن الزيلعي قال في شرح الكنز: وذكر في الكافي ما يدل على أنه إن أوصى له يعتبر من وقت الوصية، وإن أوصى به يعتبر من وقت الموت انتهى، أقول: ليس ذاك أيضاً بسديد، لأن عبارة الكافي في أوّل الكلام هكذا: وتجوز الوصية للحمل وبالحمل إن ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية، ولا يخفى أن قوله من وقت الوصية إن لم يتعلق بقوله بالحمل فقط لكونه قريباً منه فلا أقل من أن يتعلق بمجموع قوله للحمل وبالحمل، فمن أين يدل ذلك على اختصاص الاعتبار من وقت الوصية بما إذا أوصى له. نعم ما ذكره صاحب الكافي في آخر كلامه يدل على كون الاعتبار من وقت الموت فيما إذا أوصى بالحمل، وبهذا ترد المخالفة بين أوّل كلامه وآخره والمخلص ما بيناه آنفاً من أحد الوجهين فتبصر قوله: **(وأما الثاني فلأنه بعرض الوجود إذ الكلام فيما إذا علم وجوده وقت الوصية)** قال صاحب العناية: في شرح هذا المحل: وأما الثاني وهو الوصية به فلأنه أي الحمل بعرضية الوجود، إذ الكلام فيما إذا علم وجوده وقت الوصية، فإن وضع المسألة فيما إذا وضعت لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية أو الموت

(نفي في الماضي) لكونه موضوعاً لذلك، والانتفاء في الحال ضرورة ذلك لاستمرار ذلك إن ثبت ما لم يغير، وإذا كان الكذب ثابتاً في الحال كونه كاذباً في جحوده إذ الفرض أنه أوصى ثم جحد كان النفي في الماضي باطلاً فيبطل ما هو من

الوصية والاستثناء) لأن اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظاً ولكنه يستحق بالإطلاق تبعا، **فإذا أفرد الأم بالوصية صح** إفرادها، ولأنه يصح إفراد الحمل بالوصية فجاز استثناؤه، وهذا هو الأصل أن ما يصح إفراده بالعقد يصح استثناؤه

وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية لا محالة انتهى. أقول، فيه خلل ظاهر، فإن زيادة قوله أو الموت في قوله من وقت الوصية أو الموت مع كونها غير مطابقة للمشروح تقتضي أن لا يصح قوله وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية لا محالة إذ على تقدير أن وضعت لأقل من ستة أشهر من وقت موت الموصي لا يعلم بوجوده وقت الوصية أصلاً فيما إذا مضت بين الوصية والموت مدة يصير بها زمان وضع الحمل أكثر من ستة أشهر من وقت الوصية، وهذا مما لا سترة به قوله: **(ومن أوصى بجارية إلا حملها صحت الوصية والاستثناء لأن اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظاً ولكنه يستحق بالإطلاق تبعاً، فإذا أفرد الأم بالوصية صح إفرادها)** أقول: لقائل أن يقول: هذا التعليل ينتقض بصورة البيع، فإنه إذا باع جارية إلا حملها فسد البيع مع إمكان جريان هذا التعليل هناك أيضاً. لا يقال: إنما فسد البيع لأصل وهو أن ما لا يصح إفراده بعقد لا يصح استثناؤه من ذلك العقد والحمل مما لا يصح إفراده بالبيع فلا يصح استثناؤه منه كما مر في باب البيع الفاسد من كتاب البيوع، بخلاف الأمر في الوصية: فإن إفراد الحمل بالوصية يصح فكذا استثناؤه منها كما سيأتي في التعليل الثاني. لأنا نقول: ذلك الفرق موجب التعليل الآتي وكلامنا في هذا التعليل الأول فلا معنى للخلط. ثم إن صاحب العناية قال في شرح أوّل هذا التعليل: لأن اسم الجارية لا يتناول الحمل لأنه ليس بموضوع له ولا هو داخل في الموضوع، وما لا يتناوله اسم الجارية يصح استثناؤه من الجارية كقميصها وسراويلها مما يلتبس بها انتهى. أقول: مقتضى تقريره هذا أن يكون قول المصنف لأن اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظاً صغرى لقياس من الشكل الأول كبراه مطوية وهي قوله وما لا يتناوله اسم الجارية صح استثناؤه من الجارية، وأن يكون ذلك القياس وحده دليلاً مستقلاً على صحة استثناء الحمل في مسألتنا هذه، لكن فيه بحث وهو أنه كيف يتم الاستدلال بعدم تناول اسم الجارية للحمل على صحة استثنائه منها، ومعنى الاستثناء يقتضي خلاف ذلك، فإن معناه هو الإخراج عما يتناوله صدر الكلام كما هو المتعارف أو المنع من دخول بعض ما تناوله صدر الكلام كما اختاره صاحب التوضيح. وقال المصنف في باب الاستثناء من كتاب الإقرار: الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ، وعلى كل من التعبيرات فتناول صدر الكلام للمستثنى مما لا بد منه في الاستثناء الحقيقي الذي هو

ضرورته وهو الانتفاء في الحال فكان الجحود لغواً. وفي بعض الشروح جعل اسم كان في قوله وإذا كان ثابتاً في الحال الوصية وفي بعضها الحق وكلاهما مصادرة عن المطلوب فتأمل. وقوله: **(أو لأن الرجوع إثبات في الماضي ونفي في الحال، والجحود نفي في الماضي والحال)** دليل آخر. تحقيقه أن أحدهما مركب من النفي والإثبات والآخر مجرد النفي، فلا يكون

قوله: **(فإن وضع المسألة فيما إذا وضعت لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية أو الموت، وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية لا محالة)** أقول: فيه بحث، فإنها إذا وضعته لأقل من ستة أشهر من موت الموصي لا يعلم وجود الحمل وقت الوصية، إذ قد يكون بين الموت والوصية شهر أو شهران أو أزيد فليتأمل قوله: **(والجواب ستسمعه)** أقول: في آخر باب الوصية بالخدمة والسكنى حيث فرق المصنف بين الثمرة المعدومة والولد المعدوم قوله: **(ولا هو داخل في الموضوع)** أقول: عطف على قوله ليس بموضوع قوله: **(وما لا يتناوله اسم الجارية صح استثناؤه)** أقول: الاستدل بهذا على عدم صحة الاستثناء أظهر كما لا يخفى على من يعرف معنى الاستثناء، ثم قوله صح استثناؤه: يعني لتقرير الملك قوله: **(لأن اسم الجارية يتناولهما)** أقول: إن أراد مقصوداً فليس كذلك، وإن أراد تبعاً فالحمل كذلك قوله: **(كما لو قال أوصيت لفلان بألف درهم إلا فرساً)** أقول: فيه بحث، فإنه صرح في كتاب الإقرار أن ما لا يتناوله اللفظ مقصوداً بل يدخل فيه تبعاً لا يصح استثناؤه لأن الاستثناء تصرف لفظي، ولو صح الاستثناء باعتبار تقرير الملك لصح في الإقرار أيضاً استثناء البناء من الدار والفص من الخاتم والنخلة من البستان فليتأمل في الفرق قوله: **(اعلم أن محمداً ذكر في الجامع)** أقول: يعني في الجامع الكبير قوله: **(وهو رجوع في الروايات كلها)** أقول: على قول هؤلاء المشايخ.

منه، إذ لا فرق بينهما، وما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناؤه منه، وقد مرّ في البيوع. قال: **(ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية)** لأنه تبرّع لم يتم فجاز الرجوع عنه كالهبة وقد حققناه في كتاب الهبة، ولأن القبول يتوقف على الموت والإيجاب يصح إبطاله قبل القبول كما في البيع. قال: **(وإذا صرّح بالرجوع أو فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعاً)** أما الصريح فظاهر، وكذا الدلالة لأنها تعمل عمل الصريح فقام مقام قوله قد أبطلت، وصار كالبيع بشرط الخيار فإنه يبطل الخيار فيه بالدلالة، ثم كل فعل لو فعله الإنسان في ملك الغير ينقطع به حق المالك، فإذا فعله الموصي كان رجوعاً، وقد عددنا هذه الأفاعيل في كتاب الغصب. وكل فعل يوجب زيادة في الموصى به ولا يمكن تسليم العين إلا بها فهو رجوع إذا فعله، مثل السويق يلته بالسمن والدار يبني فيه الموصي والقطن يحشو به والبطانة يبطن بها والظهارة يظهر بها، لأنه لا يمكنه تسليمه بدون الزيادة، ولا يمكن نقضها لأنه حصل في ملك الموصي من جهته، بخلاف تخصيص الدار الموصى بها وهدم بنائها لأنه تصرف في التابع، وكل تصرف أوجب زوال ملك الموصي فهو رجوع، كما إذا باع العين الموصى به ثم اشتراه أو وهبه ثم رجع فيه لأن الوصية لا تنفذ إلاّ في ملكه، فإذا أزاله كان رجوعا. وذبح الشاة الموصى بها رجوع لأنه للصرف إلى حاجته عادة، فصار هذا المعنى أصلاً أيضاً، وغسل الثوب الموصى به لا يكون رجوعاً لأن من أراد أن يعطي ثوبه يغسله عادة فكان تقريرا. قال: **(وإن جحد الوصية لم يكن رجوعا)** كذا ذكره محمد. وقال أبو يوسف: يكون رجوعا، لأن الرجوع نفي في الحال والجحود

المتصل. وأما المنقطع فصيغة الاستثناء مجاز فيه كما عرف في محله سيما في كتب الأصول، ويمكن أن يقال: إن صيغة الاستثناء وإن كانت مجازاً في المنقطع إلا أن لفظ الاستثناء حقيقة اصطلاحية في القسمين معاً كما نص عليه صاحب التلويح في فصل الاستثناء، فيجوز أن يراد بالاستثناء المذكور في هذه المسألة هو الاستثناء المنقطع وهو لا يقتضي تناول بل ينافي في ذلك فيتم التقريب. وقال صاحب العناية بعد كلامه السابق: وفيه إشارة إلى ما يقال الحمل جزء من الأم قبل الانفصال كاليد والرجل، ولو استثنى اليد أو الرجل لم يجز فكذلك الحمل، وذلك لأن اسم الجارية يتناولهما اهـ. واعترض بعض الفضلاء على قوله لأن اسم الجارية يتناولهما حيث قال: إن أراد مقصوداً فليس كذلك، وإن أراد تبعاً فالحمل كذلك انتهى. أقول: هذا في غاية السقوط، إذ لا شك أن المراد أن اسمها يتناولهما مقصوداً، وقوله فليس كذلك ليس بشيء إذ لا ريب أن اسم الجارية فيما إذا قال أوصيت بهذه الجارية يتناولها بجميع أجزائها الحقيقية مقصوداً، إذ لا معنى لإيصاء الجارية بدون يدها أو رجلها أو نحو ذلك لامتناع الانتفاع بها بدون أجزائها الحقيقية لعدم انفكاكها عنها بخلاف الحمل فإنه ليس بجزء منها حقيقة قبل الانفصال أيضاً، بل هو بمنزلة الجزء منها عند اتصاله بها كما صرح به المصنف في البيوع ويمكن انفكاكها عنه بوضعها إياه فجاز أن لا يكون مقصوداً عن إيصائها كما لا يخفى. ثم قال صاحب العناية: فإن قيل: فكيف صح الاستثناء وهو تصرف لفظي لا يرد على ما لا يتناوله اللفظ، فالجواب أن صحته باعتبار تقرير ملك الموصى فيه كما كان قبل الوصية كما لو قال أوصيت لفلان بألف درهم إلا فرساً، فإن الوصية في الألف صحيحة والاستثناء أيضاً صحيح في تقرير ملكه في الفرس لا باعتبار خروجه من المستثنى منه فإنه لم يكن داخلاً انتهى. وقال بعض الفضلاء: فيه بحث، فإنه صرح في كتاب الإقرار أن ما لا يتناوله اللفظ مقصوداً بل يدخل فيه تبعاً لا يصح استثناؤه، لأن الاستثناء تصرف لفظي، ولو صح الاستثناء باعتبار تقرير الملك لصح في الإقرار أيضاً استثناء البناء من الدار والفص من الخاتم والنخلة من البستان فليتأمل في الفرق انتهى. وقصد بعض المتأخرين الجواب عنه فقال: فإن قلت: يشكل حينئذٍ ما ذكر في

الجحود رجوعاً حقيقة ولا العكس أيضاً. وفيه نظر من وجهين: أحدهما أنه قال في الدليل الأول: إن الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك، وها هنا قال: والجحود نفي في الماضي والحال وبينهما تناف. والثاني أنه لا يلزم

نفي في الماضي والحال، فأولى أن يكون رجوعاً. ولمحمد أن الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة

كتاب الإقرار أنه لو قال هذه الدار لفلان إلا بناءها فإنه لي وللمقر له الدار والبناء لأن الدار اسم لما أدير عليه الخط والبناء يدخل تبعاً، والاستثناء إنما يصح مما يتناوله الكلام نصاً لا تبعاً فلم حكموا ببطلان الاستثناء هناك ولم يصححوه باعتبار تقرير الملك كما صححوا به هنا؟ قلت: إنما لم يصححوا ذلك لاستلزامه إبطال حق ثبت بالإقرار، ولا يلزم ذلك في الوصية لأنها تبرّع يصح الرجوع عنه غايته أن يحمل الاستثناء على الرجوع عنها في حق التابع انتهى. أقول: جوابه ليس بمستقيم، فإن إبطال حق ثبت بالإقرار إنما يلزم في تلك المسألة المذكورة في كتاب الإقرار على تقدير أن لا يصح الاستثناء فيها ولا يجعل البناء للمقرّ له، وأما على تقدير أن يصح الاستثناء فيها فلا يلزم إبطال ذلك أصلاً، إذ يصير الإقرار حينئذٍ مخصوصاً بما عدا البناء، إذ قد تقرّر في مباحث الاستثناء أن حكم الكلام يتوقف فيما وقع فيه الاستثناء على تمام الكلام بذكر المستثنى فيثبت الحكم فيما عدا المستثنى فيصير معنى قوله مثلاً هذه الدار لفلان إلا بناءها على تقدير أن يصح الاستثناء غير بناء هذه الدار لفلان، وبهذا يندفع التناقض المتوهم بين أوّل الكلام وآخره في أمثلة الاستثناء، فظهر أنه لو صح الاستثناء في مسألة الإقرار لم يستلزم ذلك إبطال حق ثبت بالإقرار قط، ثم إن المصير إلى حمل الاستثناء فيما نحن فيه على الرجوع عن الوصية في حق التابع ليس بسديد أيضاً، إذ لو كان الأمر كذلك لما احتيج إلى شيء من التعليلين المذكورين في الكتاب لمسألتنا هذه، ولزم أن يكون ذلك من قبيل التزام ما لا يلزم، فإن مسألة جواز الرجوع عن الوصية ستجيء بتفاصيلها وتفاريعها بعيد هذه المسألة قوله: **(وقال أبو يوسف: يكون رجوعاً، لأن الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال، فأولى أن يكون رجوعاً)** قال بعض المتأخرين: قلت هذا كلام ظاهري، وإلا فالنفي في الرجوع عنها بمعنى فسخها ورفعها وفي الجحود بمعنى سلبها ونفي وقوعها وأين هذا من ذاك انتهى. أقول: ليس المراد بقول أبي يوسف إن جحود الوصية يكون رجوعاً عنها أن الجحود والرجوع متحدان معنى، بل المراد أنهما متحدان حكماً وهو إبطال الوصية بأن لا يثبت الملك للموصى له في تركة الموصي فكون النفي في الرجوع بمعنى الفسخ وفي الجحود بمعنى سلب الوقوع إنما ينافي الاتحاد في المعنى لا الاتحاد في الحكم، ومبنى استدلاله المذكور على الثاني دون الأوّل فلا محذور على أن ما ذكره ذلك البعض على تقدير وروده إنما يؤول إلى ما ذكره المصنف في التعليل الثاني لمحمد رحمه الله كما لا يخفى على المتأمل فلا وجه لنسبته إلى نفسه بقوله قلت قوله: **(ولمحمد أن الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك، وإذا كان ثابتاً في الحال كان الجحود لغواً)** قال صاحب العناية في شرح هذا التعليل: ولمحمد أن الجحود وهو أن يقول لم أوص لفلان أو ما أوصيت له نفي في الماضي لكونه موضوعاً لذلك، والانتفاء في الحال ضرورة ذلك لاستمرار ذلك إن ثبت ما لم يتغير، وإذا كان الكذب ثابتاً في الحال لكونه كاذباً في جحوده، إذ الفرض أنه أوصى ثم جحد كان النفي في الماضي باطلاً فيبطل ما هو من ضرورته وهو الانتفاء في الحال فكان الجحود لغواً انتهى. أقول: فيه خلل. أما أوّلاً فلأنه جعل اسم كان في قول المصنف وإذا كان ثابتاً في الحال الكذب، وليس بمستقيم لأن الكذب مما لم يتقدم ذكره في كلام المصنف لا لفظاً ولا معنى ولا حكماً، فكيف يصح أن يكون اسم كان في قوله المذكور ضميراً راجعاً إلى الكذب. وأما ثانياً فلأنه لو كان المراد ذلك لزم أن يكون قول المصنف في الحال في قوله وإذا كان ثابتاً في الحال مستدركاً لا طائل تحته، فإن ثبوت الكذب في الجحود يقتضي كون الجحود لغواً من غير فصل بين أن يكون ثبوت ذلك في الحال أو في غيره من الأزمان. وأما

من عدم كون الجحود رجوعاً حقيقة عدم جواز استعماله فيه مجازاً صوناً لكلام العاقل عن الإلغاء. والجواب عن الأول أن قوله نفي في الماضي والحال معناه نفي في الماضي وضعاً وحقيقة، وفي الحال ضرورة لا وضعاً وهو الأول فلا تنافي. وعن

في ذلك، وإذا كان ثابتاً في الحال كان الجحود لغواً، أو لأن الرجوع إثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فلا يكون رجوعاً حقيقة، ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة. قال: **(ولو قال كل وصية أوصيت بها لفلان فهو حرام وربا لا يكون رجوعاً)** لأن الوصف يستدعي بقاء الأصل **(بخلاف ما إذا قال فهي باطلة)** لأنه الذاهب المتلاشي **(ولو قال أخرتها لا يكون رجوعاً)** لأن التأخير ليس للسقوط كتأخير الدين **(بخلاف ما إذا قال تركت)** لأنه إسقاط **(ولو قال العبد الذي أوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعاً)** لأن اللفظ يدل على قطع الشركة **(بخلاف ما إذا أوصى به لرجل ثم أوصى به لآخر)** لأن المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها **(وكذا إذا قال فهو**

ثالثاً فلأنه لو كان المعنى ذلك لما تحقق الفائدة من قول المصنف والانتفاء في الحال ضرورة ذلك، فإنه إذا كان الكذب في جحوده ثابتاً بناء على كون الفرض أنه أوصى ثم جحد كان جحوده لغواً باطلاً لا حكم له أصلاً سواء كان الانتفاء في الحال من ضرورة ذلك أو لم يكن من ضرورته، ثم قال صاحب العناية: وفي بعض الشروح جعل اسم كان في قوله وإذا كان ثابتاً في الحال الوصية وفي بعضها الحق وكلاهما مصادرة على المطلوب فتأمل انتهى. أقول: فيه نظر، لأن المصادرة على المطلوب إنما تلزم أن لو كان معنى كلام المصنف: وإذا كان الوصية أو الحق ثابتاً في الحال لعدم كون الجحود رجوعاً كان الجحود لغواً، وليس معناه ذاك بل معناه: وإذا كان الإيصاء أو الحق ثابتاً في الحال لكونه كاذباً في جحوده، إذ الفرض أنه أوصى فيما مضى ثم جحد كان الجحود لغواً حيث كان النفي في الماضي باطلاً لظهور الكذب فبطل ما هو من ضرورته وهو الانتفاء في الحال، ولا مصادرة في هذا كما لا يخفى على ذي مسكة قوله: **(أو لأن الرجوع إثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فلا يكون رجوعاً حقيقة ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة)** قال في العناية: فيه نظر من وجهين: أحدهما أنه قال في الدليل الأول: إن الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك، وهنا قال: والجحود نفي في الماضي والحال وبينهما تناف. والثاني أنه لا يلزم من عدم كون الجحود رجوعاً حقيقة عدم جواز استعماله فيه مجازاً صوناً لكلام العاقل عن الإلغاء. والجواب عن الأول أن قوله نفي في الماضي والحال معناه نفي في الماضي وضعاً وحقيقة وفي الحال ضرورة لا وضعاً وهو الأول فلا تنافي. وعن الثاني بأن الرجوع والجحود بالنظر إلى الماضي متضادان والتضادّ ليس من مجوّزات المجاز في الألفاظ الشرعية على ما قررناه في الأنوار والتقرير انتهى. أقول: يرد على جوابه عن النظر الثاني أن جواز استعمال الجحود في الرجوع مجازاً لا يتوقف على اعتبار علاقة المجاز التضادّ بينهما حتى يلزم من عدم كون التضاد من مجوّزات المجاز في الألفاظ الشرعية أن لا يجوز استعمال الجحود في الرجوع مجازاً أصلاً، بل يجوز أن تكون العلاقة بينهما اشتراكهما في معنى خاص وهو كونهما نافيين في الحال وإن كان الجحود نافياً في الماضي أيضاً كما أفصح عنه في غاية البيان. وعن هذا قال في الذخيرة والمبسوط: والأصح قول أبي يوسف رحمه الله. ووجهه أن الجحود كذب حقيقة إلا أنه يحتمل الفسخ مجازاً فيحمل على المجاز وهو الفسخ

الثاني بأن الرجوع والجحود بالنظر إلى الماضي متضادان، والتضادّ ليس من مجوّزات المجاز في الألفاظ الشرعية على ما قررناه في الأنوار والتقرير، ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة: يعني مستعاراً للطلاق، لأن الجحود يقتضي عدم النكاح في الماضي والطلاق يقتضي وجوده فكانا متقابلين فلا يجوز استعارة أحدهم للآخر. وقوله: **(ولو قال كل وصية أوصيت بها)**

قوله: **(وإذا كان الكذب ثابتاً في الحال)** أقول: لا يخفى عليك أن الكذب غير مذكور هنا، ولا هو في حكم المذكور حتى يرجع إليه الضمير، وأيضاً إذا كان المراد ذلك كان التقييد بقوله في الحال خالياً عن الفائدة قوله: **(وكلاهما مصادرة عن المطلوب)** أقول: فيه بحث، فإنه إذا جعل اسم كان ضمير الوصية واستدل على صدق المقدم بمذكرة كما فعله الإتقاني لا يلزم المصادرة، فإن المدعي هو عدم كون الجحود رجوعاً كما لا يخفى قوله: **(والجواب عن الأول أن قوله الخ)** أقول: ويجوز أن يجاب عنه أيضاً بأنه مبني على التنزل والتسليم قوله: **(وعن الثاني بأن الرجوع والجحود بالنظر إلى الماضي الخ)** أقول: وقد سبق منه أيضاً في باب الوكالة بالخصومة والقبض.

لفلان وارثي يكون رجوعاً عن الأول) لما بينا ويكون وصية للوارث. وقد ذكرنا حكمه **(ولو كان فلان الآخر ميتاً حين أوصى فالوصية الأولى على حالها)** لأن الوصية الأولى إنما تبطل ضرورة كونها للثاني ولم يتحقق فبقي للأول **(ولو كان فلان حين قال ذلك حياً ثم مات قبل موت الموصي فهي للورثة)** لبطلان الوصيتين الأولى بالرجوع والثانية بالموت.

صيانة لكلام العاقل عن الإلغاء بقدر الإمكان، وأمكن حمله على الفسخ لأن الموصي ينفرد بفسخ الوصية، بخلاف البيع والإجارة إذا جحد أحد المتعاقدين لأن هناك تعذر حمله على الفسخ لأن أحد المتعاقدين هناك لا ينفرد بالفسخ حتى لو تجاحدا نقول بانفساخ العقد وبخلاف ما لو جحد الزوج النكاح من الأصل بأن قال لم أتزوجك لأن هناك أيضاً تعذر حمله على الفسخ، لأن النكاح لا يحتمل الفسخ ولا يمكن أن يجعل كناية عن الطلاق، إذ لا مشابهة بينهما، لأن الجحود ينفي العقد والطلاق يقطع العقد ولا ينفيه انتهى تبصر.

واضح. وقوله: **(لأن اللفظ يدل على قطع الشركة)** قيل لأنه لم يذكر بينهما حرف الاشتراك، وإنما جعل تلك الوصية بعينها لغيره. وقوله: **(لما بينا)** إشارة إلى هذا التعليل. وقوله: **(وقد ذكرنا حكمه)** يريد به ما تقدم من التوقف على إجازة بقية الورثة فإن أجازوا جاز وإلا فلا.

باب الوصية بثلث المال

قال: **(ومن أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما)** لأنه يضيق الثلث عن حقهما إذ لا يزاد عليه عند عدم الإجازة ما تقدم وقد تساويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق، والمحل يقبل الشركة فيكون بينهما **(وإن أوصى لأحدهما بالثلث وللآخر بالسدس فالثلث بينهما أثلاثاً)** لأن كل واحد منها يدلي بسبب صحيح وضاق الثلث عن حقيهما فيقتسمانه على قدر حقيهما كما في أصحاب الديون فيجعل الأقل

باب الوصية بثلث المال

لما كان أقصى ما يدور عليه مسائل الوصايا عند عدم إجازة الورثة ثلث المال ذكر تلك المسائل التي تتعلق به في هذا الباب بعد ذكر مقدمات هذا الكتاب، كذا في النهاية والعناية قوله: **(وهذا بخلاف ما إذا أوصى بعين تركته وقيمته تزيد على الثلث فإنه يضرب بالثلث وإن احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث)** أشار بهذا الكلام إلى صورة نقض ترد على وجه الفرق لأبي حنيفة رحمه الله بين المسائل الثلاث المجمع عليها وبين الخلافية، وهي على ما ذكر في الكافي ومعراج الدراية ما إذا أوصى بعبد بعينه لإنسان قيمته ألف وبعبد آخر بعينه لإنسان آخر قيمته ألفان ولا مال له سواهما فإن الخلاف المذكور ثابت فيه أيضاً، مع أنه يتصوّر هناك تنفيذ الوصية لكل واحد منهما في جميع ما سماه له بدون إجازة الورثة لاحتمال أن يزيد مال الميت فيخرج العبدان من الثلث. وقال تاج الشريعة وصاحب العناية في تصوير صورة النقض هنا بأن كان عبداً أوصى به لرجل وبثلث ماله لآخر ولا مال سوى العبد ولم يجز الورثة فالثلث بينهما نصفان، وإن احتمل أن يكتسب هذا العبد مالاً فتصير رقبته مساوية لثلث المال أو يظهر له مال بحيث يصير العبد ثلث المال اهـ. أقول: فيه خلل، لأن الموصى به يصير إذ ذاك هو العبد وثلث المال، ولا يتصوّر حينئذٍ تنفيذ الوصية لكل واحد من الموصى له في جميع ما سماه له بدون إجازة الورثة وإن زاد مال الميت جداً، لأن العبد يكون زائداً على الثلث في تلك الصورة لا محالة، ولا يصح تنفيذ ما زاد على الثلث بدون إجازة الورثة فتكون تلك الصورة مخالفة للمسائل الثلاث المجمع عليها حيث أمكن في هاتيك المسائل الثلاث تنفيذ الوصية في جميع ما سماه لهما في الجملة، بخلاف تلك الصورة فلا تصلح لأن تكون صورة نقض للفرق المذكور من قبل أبي حنيفة بل إنما تكون نظير الخلافية المذكورة من قبل قوله: **(لأن هناك الحق تعلق بعين التركة بدليل أنه لو هلك واستفاد مالاً آخر تبطل الوصية، وفي الألف المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقاً بعين ما تعلق به حق الورثة)** هذا هو الجواب عن النقض الذي أشار إليه آنفاً. قال الزيلعي في التبيين بعد ما نقل ما في الهداية هنا: وهذا ينتقض بالمحاباة فإنها تعلقت بالعين مثله ومع هذا يضرب بما زاد على الثلث اهـ. أقول: ليس هذا النقض بوارد لأن المحاباة متعلقة بالثمن لا بالعين، وقد أفصح عنه صاحب الكافي حيث قال: والوصية بالسعاية

باب الوصية بثلث المال

لما كان أقصى ما يدور عليه مسائل الوصايا عند عدم إجازة الورثة ثلث المال ذكر تلك المسائل التي تتعلق به في هذا الباب بعد ذكر مقدمات هذا الكتاب. قال: **(ومن أوصى لرجل بثلث ماله الخ)** ومن أوصى لرجل بثلث ماله ثم أوصى لآخر أيضاً بذلك فالورثة إما أن يجيزوهما أو لا، فإن أجازوا فلهما الثلثان ولهم الثلث، وإن لم يجيزوا فالثلث بينهما نصفان، إذ لا

باب الوصية بثلث المال

قوله: **(أي لا يجعل من ضرب في ماله سهماً)** أقول: المراد بالضرب الضرب المصطلح بين الحساب وتفصيله في شرح الوقاية لصدر الشريعة.

سهماً والأكثر سهمين فصار ثلاثة أسهم: سهم لصاحب الأقل وسهمان لصاحب الأكثر **(وإن أوصى لأحدهما بجميع ماله وللآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة، فالثلث بينهما على أربعة أسهم عندهما. وقال أبو حنيفة: الثلث بينهما نصفان، ولا يضرب أبو حنيفة للموصى له بما زاد على الثلث إلا في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة)** لهما في الخلافة أن الموصي قصد شيئين الاستحقاق والتفضيل، وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما في المحاباة وأختيها، وله أن الوصية وقعت بغير المشروع عند عدم الإجازة من الورثة، إذ لا نفاذ لها بحال فيبطل أصلاً، والتفضيل يثبت في ضمن الاستحقاق فبطل ببطلانه كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع، بخلاف مواضع الإجماع لأن لها نفاذاً في الجملة بدون إجازة الورثة بأن كان في المال سعة فتعتبر في التفاضل لكونه مشروعا في الجملة، بخلاف، ما نحن فيه، وهذا بخلاف ما إذا أوصى بعين من تركته وقيمته تزيد على الثلث فإنه يضرب بالثلث وإن احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث، لأن هناك الحق تعلق بعين التركة، بدليل أن لو هلك واستفاد

بمنزلة الدراهم المرسلة، وكذا بالمحاباة لأنها وصية بالثمن فصارت بمنزلة المال المرسل اهـ قوله: **(ولو أوصى بسهم من ماله فله أخس سهام الورثة إلا أن ينقص عن السدس. فيتم له السدس ولا يزاد عليه)** اعلم أن هذا المحل من مداحض هذا الكتاب ولهذا تحير الشراح في حله؛ فقال أكثرهم منهم صاحب العناية: معناه فله السدس لا يزاد عليه ولا ينقص عنه. أقول: لا يخفى على ذي فطرة سليمة أنه لو كان المراد هذا المعنى لما كان لأدائه بمثل هذا التركيب المعضل المشوّش وجه، وهل يليق هذا بمنصب المصنف. وقال بعضهم: معنى قوله ولا يزاد عليه في هذه الصورة المستثناة في الكتاب وهي ما إذا كان أخس السهام أنقص من السدس ليوافق رواية الجامع الصغير فعلى هذا يكون ما في الكتاب ساكتاً عن بيان الحكم إذا كان أخس السهام أزيد من السدس اهـ. أقول: لا يخفى على الفطن أن قول المصنف رحمه الله في تعليل قول أبي حنيفة في هذه المسألة: وله أن السهم هو السدس الخ يقتضي أن يكون ما للموصى له في هذه المسألة عنده هو السدس مطلقاً: أي سواء كان أخس السهام هو السدس أو ناقصاً

يزاد على الثلث حينئذ، وليس أحدهما أولى به من الآخر فتساويا في سبب الاستحقاق والتساوي فيه يوجب التساوي في الاستحقاق، فإن كان المحل يقبل الشركة جعل بينهما، وإن لم يكن كرجلين أقاما البينة على نكاح امرأة تبطل البينتان جميعاً. وقوله: **(وإن أوصى لأحدهما بالثلث وللآخر بالسدس)** واضح. وقوله: **(ولا يضرب أبو حنيفة)** أي لا يجعل من ضرب في ماله سهماً: أي جعل ومفعول لا يضرب محذوفاً: أي لا يضرب شيئاً وصورة المحاباة عبدان لرجل قيمة أحدهما ألف ومائة وقيمة الآخر ستمائة وأوصى بأن يباع أحدهما لفلان بمائة والآخر لفلان بمائة فإنه حصلت المحاباة لأحدهما بألف وللآخر بخمسمائة والكل وصية لأنه في حال المرض، فإن لم يكن له غيرهما وتم تجز الورثة جازت المحاباة بقدر الثلث فيكون بينهما أثلاثاً يضرب الموصى له بالألف بحسب وصيته وهي الألف والموصى له الآخر بحسب وصيته وهي خمسمائة، فلو كان هذا كسائر الوصايا على قول أبي حنيفة وجب أن لا يضرب الموصى له بالألف في أكثر من خمسمائة. وصورة السعاية أن يوصي بعتق عبدين قيمة أحدهما ألف وقيمة لآخر ألفان ولا مال له غيرهما إن أجازت الورثة عتقاً جميعاً، وإن لم يجيزوا عتقاً من الثلث وثلث ماله ألف فالألف بينهما على قدر وصيتهما ثلثا الألف للذي قيمته ألفان ويسعى في الباقي والثلث للذي قيمته ألف ويسعى في الباقي. وصورة الدراهم المرسلة: أي المطلقة هي أن يوصي لرجل بألفين وللآخر بألف درهم وثلث ماله ألف درهم ولم تجز الورثة فإنه يكون بينهما أثلاثاً كل واحد منهما يضرب بجميع وصيته، لأن الوصية في مخرجها صحيحة لجواز أن يكون له مال آخر يخرج هذا القدر من الثلث، ولا كذلك فيما إذا أوصى لرجل بثلث ماله وللآخر بنصف ماله أو بجميع ماله، لأن اللفظ في مخرجه لم يصح لأن ماله لو كثر أو خرج له مال آخر يدخل فيه تلك الوصية ولا يخرج

قوله: **(وصورة الدراهم المرسلة: أي المطلقة)** أقول: يعني غير المقيدة بأنها ثلث أو نصف أو نحوهما، كذا في صدر الشريعة

قوله: **(صورة نقض ترد على المسائل المجمع عليها)** أقول: أي على دليلها.

مالاً آخر تبطل الوصية، وفي الألف المرسلة لو هكلت التركة تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقاً بعين ما تعلق به حق الورثة. قال: **(وإذا أوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة. ولو أوصى بمثل نصيب ابنه جاز)** لأن الأول وصية بمال الغير، لأن نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت والثاني وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشيء غيره وإن كان يتقدر به فيجوز. وقال زفر: يجوز في الأول أيضاً فينظر إلى الحال والكل ماله فيه وجوابه ماقلنا. قال: **(ومن أوصى بسهم من ماله فله أخس سهام الورثة إلا أن ينقص عن السدس ولا يزاد عليه، وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: له مثل نصيب أحد الورثة ولا يزاد على الثلث إلا أن يجيز الورثة)** لأن السهم يراد به احد سهام الورثة عرفاً لا سيما في الوصية، والأقل متيقن به فيصرف إليه، إلا إذا زاد على الثلث فيردّ عليه لأنه لا مزيد عليه عند عدم إجازة الورثة. وله أن

عنه أو زائداً عليه، فلا مجال لأن يكون ما في الكتاب موافقاً لرواية الجامع الصغير على مقتضى التعليل المذكور، فإن في رواية الجامع الصغير تجوز الزيادة على السدس دون النقصان عنه، والتعليل المذكور ينافي ذلك. وقال صاحب العناية: فإن قيل: أخس الأنصباء أقله والثمن أقل من السدس فكيف جُعله بمعنى السدس؟ قلت: جعله بمعناه لما ذكره في الكتاب من الأثر واللغة اهـ. أقول: الجواب منظور فيه، لأن ما ذكر في الكتاب إنما يستدعي جعل السهم بمعنى السدس لا جعل أخس الأنصباء الذي هو أقلها بمعنى السدس، وكلام السائل في الثاني دونه الأول كما ترى. والحق في الجواب ما يفهم مما ذكر في النهاية نقلاً عن المبسوط وهو أن أقل الأنصباء باعتبار الأصل وهو القرابة إنما هو السدس، وأما الثمن فإنما هو أقلها باعتبار العارض وهو الزوجية، وما يكون عارضاً في مزاحمة ما هو أصل كالمعدوم فيحمل اللفظ على أقل ما يستحق من السهام بالقرابة وهو السدس. ثم قال صاحب العناية: واعلم أن عبارة المشايخ والشارحين في هذا الموضع اختلفت اختلافاً لا يكاد يعلم منه شيء، وسبب ذلك اختلاف رواية المبسوط والجامع الصغير. قال في الكافي: فعلى رواية الأصل جوّز أبو حنيفة النقصان عن السدس ولم يجوّز الزيادة على السدس، وعلى رواية الجامع الصغير جوّز الزيادة على السدس ولم يجوّز النقصان عن السدس، ورواية المصنف تخالف كل واحدة منهما لأن قوله إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ليس في رواية المبسوط، وقوله ولا يزاد عليه ليس في رواية الجامع الصغير، فإما أنه اطلع على رواية غيرهما، وإما أنه جمع بينهما، إلى هنا لفظ العناية. أقول: كيف يتصوّر الجمع بينهما وقد صرح في الكافي بأن أبا حنيفة جوّز على رواية

من الثلث **(لهما في الخلافية)** وهي ما إذا أوصى لأحدهما بجميع ماله ولآخر بثلثه **(أن الموصي قصد شيئين الاستحقاق)** على الورثة فيما زاد على الثلث وتفضيل بعض أهل الوصايا على بعض **(وقد امتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما في المحاباة)** والسعاية والدراهم المرسلة. ولأبي حنيفة أن الوصية وقعت بغير المشروع وحاصله أن التفضيل إنما يثبت بناء على الاستحقاق، وإذا بطل الاستحقاق بطل ما ثبت في ضمنه **(كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع)** تبطل ببطلان البيع، وهذا لأن الزيادة لما بطلت بقي كل منهما موصى له بالثلث وفي ذلك يتساويان فكذلك ها هنا **(بخلاف مواضع الإجماع)** يعني المحاباة وأختيها وهو واضح. وقوله: **(وهذا بخلاف ما إذا أوصى بعين من تركته)** صورة نقض ترد على المسائل المجمع عليها. وقوله: **(وإن احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث)** يعني بأن كان عبداً أوصى به لرجل وبثلث ماله لآخر ولا مال له سوى العبد ولم تجز الورثة فالثلث بينهما نصفان، وإن احتمل أن يكتسب هذا العبد مالاً فتصير رقبته مساوية لثلث المال أو يظهر له مال بحيث يصير العبد ثلث المال. وقوله: **(لأن هناك الحق تعلق بعين التركة)** يعني أن حق الموصى له تعلق بعين التركة، ولهذا لو هلكت العين بطلت الوصية وإن استفاد مالاً آخر، وحق الورثة أيضاً يتعلق بعين التركة فيما زاد على الثلث فيبطل حقه فيما زاد على الثلث لاستحالة اجتماع الحقين، بخلاف الألف المرسلة، ولهذا لو هلكت ينفذ فيما يستفاد فلم

قوله: **(ولم يجوز النقصان عن السدس)** أقول إلى هنا لفظ الكافي قوله: **(وقوله ولا يزاد عليه الخ)** أقول: فيه تأمل، فإن الظاهر أن المراد نفي الزيادة على السدس إذا نقص أخس السهام عن السدس لا مطلقاً فحينئذٍ يكون ما في الكتاب رواية الجامع الصغير.

السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه، وقد رفعه إلى النبيّ عليه الصلاة والسلام فيما يروى[١]، ولأنه يذكر ويراد به السدس، فإنّ إياساً قال: السهم في اللغة عبارة عن السدس، ويذكر ويراد به سهم

الأصل النقصان عن السدس ولم يجوّز الزيادة على السدس، وجوّز على رواية الجامع الصغير الزيادة على السدس ولم يجوّز النقصان عن السدس، ونقل صاحب العناية ما في الكافي على وجه الارتضاء. ومعنى رواية المصنف على ما صرح به الشارح المزبور في صدر المسألة أن أبا حنيفة رحمه الله لم يجوز النقصان عن السدس ولا الزيادة عليه، فلا جرم تكون هذه الرواية منافية لكل واحدة من روايتي المبسوط والجامع الصغير لا تتحمل الجمع بينهما كما لا يخفى، فلا وجه لقوله وإما أنه جمع بينهما. وأورد بعض الفضلاء على قوله وقوله ولا يزاد عليه: ليس في رواية الجامع الصغير حيث قال فيه تأمل، فإن الظاهر أن المراد نفي الزيادة على السدس إذا نقص أخس السهام عن السدس لا مطلقاً فحينئذٍ يكون ما في الكتاب رواية الجامع الصغير اهـ. ليس هذا بمستقيم، فإن التعليل الذي ذكره المصنف من قبل أبي حنيفة رحمه الله تعالى بقوله وله أن السهم هو السدس الخ يقتضي لا محالة أن يكون المراد بما في الكتاب نفي الزيادة على السدس مطلقاً كما يقتضي أن يكون المراد به نفي النقصان عن السدس مطلقاً، فلا مجال لأن يكون المراد به رواية الجامع الصغير، كما لا مجال لأن يكون المراد به رواية الأصل وقد كنت نبهت عليه فيما مر آنفاً قوله: **(ولأنه يذكر ويراد به السدس الخ)** قال صاحب العناية: قوله ولأنه يذكر ويراد به السدس الخ مشكل، لأنه وقع في بعض نسخ الهداية فيعطي ما ذكرنا وفي بعضها فيعطي الأقل منهما. وفسر الأولى بعض الشارحين فقال: يعني إن كان أخس سهام الورثة أقل من السدس يعطي السدس لما ذكرنا أن السهم عبارة عن السدس، وإن كان أخس السهام أكثر يعطي ذلك، لأن السهم يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة عملاً بالدليلين، فإن كان مراده بقوله ذلك أخس السهام وإن كان أكثر من السدس فليس ذلك بدليل لما في الكتاب فإن فيه الزيادة على السدس، وقد قال في الكتاب: ولا يزاد عليه وإن كان مراده السدس فما ثمة عمل بالدليلين اهـ. واعترض بعض الفضلاء على قوله وقد قال في الكتاب ولا يزاد عليه حيث قال: فيه بحث، إذ ليس المراد نفي الزيادة مطلقاً، بل على تقدير كون أخس السهام ناقصاً عن السدس فيصلح ذلك دليلاً لما في الكتاب اهـ. أقول: قد مرّ منا غير مرة أن قول المصنف رحمه الله في تعليل هذه المسألة من قبل أبي حنيفة بقوله وله أن السهم هو السدس هو المروى عن ابن مسعود رضي الله عنه، وقد رفعه إلى النبيّ عليه الصلاة والسلام[٢] يقتضي كون المراد من مسألة الكتاب نفي الزيادة مطلقاً فلا يصلح ما ذكره بعض الشارحين دليلاً عليه كما قاله صاحب العناية. ثم قال صاحب العناية: وأما الثانية وهو قوله فيعطي الأقل منهما فتؤدي إلى النقصان على السدس وفي الكتاب إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس. وأيضاً قوله ما ذكرنا إن أراد به السدس فلا تعلق لقوله وقد يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة بالدليل لأنه يتم بقول إياس وإن أراد به الأقل منهما عاد الاعتراض المذكور وهو الأداء إلى النقصان عن السدس اهـ. وقصد بعض الفضلاء أن يجيب عن قوله وأيضاً قوله ما ذكرنا الخ حيث قال: لم لا يجوز أن يكون معنى الكلام أن السهم يذكر ويراد به

تتعلق بعين ما تعلق به حق الورثة فلا يلزم بطلانه. قال: **(ومن أوصى بنصيب ابنه)** ومن أوصى بنصيب ابنه وهو موجود بطلت وصيته وإن لم يكن له ابن صحت **(وإن أوصى بمثل نصيب ابنه جاز)** كان له ابن أو لم يكن **(لأن الأول وصية بمال الغير لأن**

---

(١) ضعيف. أخرجه البزار والطبراني كما في المجمع ٤/٢١٣ كلاهما عن عبد الله بن مسعود ولفظ الأول «أن رجلاً أوصى لرجل بسهم من ماله، فجعل له النبي ﷺ السدس».
قال الهيثمي: وفيه محمد بن عبيد الله العرزمي، وهو ضعيف.
قال الزيلعي في نصب الراية ٤/٤٠٨: وذكره عبد الحق في أحكامه من جهة البزار، وقال: العرزمي متروك، وأبو قيس له أحاديث يخالف فيها، واسمه عبد الرحمن بن ثروان.
(٢) هو الحديث المتقدم.

سهام الورثة فيعطى ما ذكرنا، قالوا: هذا كان في عرفهم، وفي عرفنا السهم كالجزء. قال: **(ولو أوصى بجزء من**

السدس ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطي السدس لتعينه بأثر ابن مسعود رضي الله عنه[1] ليتأمل اهـ. أقول: ليس هذا بشيء، لأن أثر ابن مسعود رضي الله[2] عنه هو الدليل الأوّل، فلو كان معنى الدليل الثاني ما ذكره ذلك القائل كان مدار هذا الدليل أيضاً أثر ابن مسعود فيلزم التكرار والاستدارك كما لا يخفى. ثم قال صاحب العناية: وأرى أن المراد بقوله ما ذكرنا هو الأقل منهما ليكون معنى النسختين واحداً، وأشار بذلك إلى رواية المبسوط وهي ما ذكرنا من جواز النقصان دون الزيادة على السدس تنبيهاً بذلك على أن المذكور في الكتاب من قوله إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه ليس رواية واحدة، وإنما هو مركب من روايتين اهـ. أقول: هذا الذي ذهب إليه سقيم جداً لا ينبغي أن يريده العاقل فضلاً عن مثل المصنف الفطن الكامل فإن قوله فيعطي ما ذكرنا مذكور بصدد إقامة الدليل على ما قدمه من الرواية المخالفة لرواية المبسوط ورواية الجامع الصغير كما اعترف به هذا الشارح فيما قبل، فكيف يصح منه الإشارة في الدليل إلى ما يخالف المدعي وينافيه. ثم إن كون المذكور في الكتاب مركباً من روايتي المبسوط والجامع الصغير مما لا مجال له كما بيناه فيما قبل فلا وجه لقوله وإنما هو مركب من روايتين قوله: **(ولو أوصى بجزء من ماله قيل للورثة أعطوه ما شئتم لأنه مجهول يتناول القليل والكثير، غير أن الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي فإليهم البيان)** قال صاحب التسهيل: أقول: دلت هذه المسألة على أن أحداً لو أقرّ بمجهول كقوله لفلان علي دين ولم يبين قدره فمات مجهلاً يجبر ورثته على البيان، وكذا لو أقيم البينة على إقراره بمجهول ينبغي أن يقبل ويجبر ورثته على البيان اهـ. وردّ عليه بعض المتأخرين حيث قال بعد نقل ذلك: قلت: ما ذكره قياس مع الفارق، لأن الإقرار ولو بمجهول يوجب تعلق الغير به من وقت الإقرار فيجبر المقرّ على بيانه بطلب المقرّ له، فإذا فات الجبر في حياته بوفاته سقط سيما إذا كان بتقصير من المقرّ له فلم

نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت) بنص الكتاب، والوصية بمال الغير لا تجوز **(والثاني وصية بمثل نصيب الابن، ومثل الشيء غيره وإن كان يتقدر بقدره)** وقال زفر: جازت الأولى كالثانية نظراً إلى حال الوصية، فإن المال كله له في ذلك الحال لكونه حياً بعد وللمالك أن يتصرف في ملكه كيف يشاء **(وجوابه ما قلنا)** وهو قوله لأن الأول وصية بمال الغير قوله: **(ولو أوصى بسهم من ماله)** معناه فله السدس لا يزاد عليه ولا ينقص منه. فإن قيل: أخسّ الأنصباء أقله والثمن أقل من السدس فكيف جعله بمعنى السدس، قلت: جعله بمعناه بما ذكر في الكتاب من الأثر واللغة. أما الأثر فما روي عن ابن مسعود وقد رفعه إلى النبي ﷺ فيما يروي أن السهم هو السدس. وأما اللغة فإن إياس بن معاوية قاضي البصرة قال: السهم في اللغة عبارة عن السدس. واعلم أن عبارة المشايخ والشارحين في هذا الموضع اختلفت اختلافاً لا يكاد يعلم منه شيء، وسبب ذلك اختلاف رواية المبسوط والجامع الصغير. قال في الكافي: فعلى رواية الأصل جوّز أبو حنيفة النقصان من السدس ولم يجوّز الزيادة على السدس، وعلى رواية الجامع الصغير جوّز الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس، ورواية المصنف

قوله: **(وقد قال في الكتاب ولا يزاد عليه)** أقول: فيه بحث، إذ ليس المراد نفي الزيادة مطلقاً، بل على تقدير كون أخس السهام ناقصاً من السدس فيصح ذلك دليلاً لما في الكتاب. نعم يرد عليه أن العمل بالدليلين يوجد إذا أعطى السدس إذا كان أخس السهام أكثر وأعطى ذلك إذا كان أقل مع أن فيه العمل بالمتيقن فجعل ما ذكر دليلاً لرواية المبسوط أولى كما لا يخفى قوله: **(وأيضاً قوله ما ذكرنا الخ)** أقول: لم يجوز أن يكون معنى الكلام أن السهم يذكر ويراد به السدس، ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطي السدس لتعينه بأثر ابن مسعود فليتأمل قوله: **(وأرى أن المراد بقوله ما ذكرنا هو الأقل)** أقول: كيف يراد ما ذكره وأثر ابن مسعود يدل على تعين السدس

---

(١) أي الحديث المتقدم قبل قليل.

(٢) أيضاً هو الحديث المتقدم.

ماله قيل للورثه أعطوه ما شئتم) لأنه مجهول يتناول القليل والكثير، غير أن الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي فإليهم البيان. قال: **(ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس أو في مجلس آخر**

ينب عنه ورثته، بخلاف الوصية بمجهول لعدم ثبوت حق الغير إلا بعد موت الموصي فقبل موته لا يجبر على بيانه وبعد موته تعلق الحق بتركته ولا يمكن جبره فيجبر من يقول مقامه إحياء لحق ثابت اهـ. أقول: ليس هذا بسديد، لأنهم صرحوا بأن ليس من شرط القياس أن يكون المقيس في معنى المقيس عليه من كل الوجوه، بل يكفي الاشتراك في علة هي مدار الحكم في المقيس عليه، فمجرد الفرق بين ما نحن فيه وبين الإقرار بالمجهول في كون تعلق حق الغير به في الإقرار من وقت الإقرار وفي الوصية بعد الموت لا يضر بصحة القياس المنفهم مما ذكره صاحب التسهيل، وإنما يضر بها الفرق في العلة التي هي مدار الحكم، وهو ليس بمتحقق هنا، فإنه لما كان مدار ثبوت الجبر بالبيان لورثة الموصي الذين يقومون أمام الموصي إحياء حق ثابت بالوصية كان ينبغي أن يثبت الجبر بالبيان لورثة المقرّ بالمجهول أيضاً إذا مات مجهلاً إحياء لحق ثابت بالإقرار، فقول ذلك البعض فإذا فات الجبر في حياة المقر بوفاته سقط إن أراد به أنه سقط عنه الحق أصلاً فليس بصحيح، إذ لا شك أنه لا تسقط حقوق العباد المتعلقة بالمال بموت من عليه الحق بل تؤخذ من تركته، وإن أراد به أنه سقط عنه الجبر لعدم إمكانه وإن كان بقي أصل الحق عليه فهو مسلم، لكن لا نسلم قوله فلم ينب عنه ورثته، فإنه لما بقي حق المقرّ عليه وكان ذلك عليه مجهولاً محتاجاً إلى البيان لعدم إمكان القضاء بالمجهول وكان من عليه الحق عاجزاً عن البيان بعد موته كان ينبغي أن ينوب عنه ورثته في البيان كما في الوصية بالمجهول تأمل تقف قوله: **(ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس أو في مجلس آخر له ثلث مالي وأجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه)** لأن الكلام الثاني يحتمل أنه أراد به زيادة السدس على الأول حتى يتم له الثلث، ويحتمل أنه أراد به إيجاب ثلث على السدس حتى يصير المجموع نصفاً وعند الاحتمال لا يثبت له إلا القدر المتيقن فيجعل السدس داخلاً في الثلث حملاً لكلامه على

تخالف كل واحد منهما لأن قوله إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ليس في رواية المبسوط. وقوله: **(ولا يزاد عليه)** ليس في رواية الجامع الصغير، فإما أنه اطلع على رواية غيرهما، وإما أنه جمع بينهما وقالا: **(له مثل نصيب أحد الورثة ولا يزاد على الثلث إلا أن يجيزه الورثة)** ومفزعهما العرف **(فإن السهم يراد به أحد سهام الورثة عرفاً لا سيما في الوصية، والأقل متيقن فيصرف إليه إلا إذا زاد)** أي الأقل **(على الثلث فيرد إليه لأنه لا مزيد عليه عند عدم إجازة الورثة)** ولأبي حنيفة ما ذكرناه آنفاً في جواب السؤال من أثر ابن مسعود وقول إياس. وقوله: **(ولأنه يذكر ويراد به السدس الخ)** مشكل، وذلك لأنه وقع في بعض نسخ الهداية فيعطى ما ذكرنا، وفي بعضها فيعطى الأقل منهما. وفسر الأولى بعض الشارحين فقال: يعني إن كان أخس سهام الورثة أقل من السدس يعطى السدس لما ذكرنا أن السهم عبارة عن السدس، وإن كان أخس السهام أكثر منه يعطى ذلك لأن السهم يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة عملاً بالدليلين، فإن كان مراده بقوله ذلك أخس السهام وإن كان أكثر من السدس فليس ذلك بدليل لما ذكر في الكتاب، فإن فيه الزيادة عن السدس، وقد قال في الكتاب: ولا يزاد عليه وإن كان مراده السدس فما ثم عمل بالدليلين. وأما الثانية وهو قوله فيعطى الأقل منهما يؤدي إلى النقصان على السدس وفي الكتاب إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس. وأيضاً قوله: **(ما ذكرنا)** إن أراد به السدس فلا تعلق لقوله وقد يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة بالدليل لأنه يتم بقول إياس وإن أراد به الأقل منهما عاد الاعتراض المذكور وهو الأداء إلى النقصان عن

فلا يستقيم التفريع في قوله فيعطي، وأرى أن ذلك ليس إشارة إلى رواية المبسوط ولا إلى رواية الجامع الصغير، وإلا فيلزم المخالفة بين الدليلين فتدبر قوله: **(على رواية الجامع الصغير يعطى السدس)** أقول: بل ذلك رواية المبسوط على ما نقله من الكافي، وعلى رواية الجامع الصغير يعطى له الربع قوله: **(وأما على رواية الأصل فتخريجه الخ)** أقول: فيه نظر، بل على رواية الجامع الصغير تخريجه كتخريجهما.

له ثلث مالي وأجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه، ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس أو في غيره سدس مالي لفلان فله سدس واحد) لأن السدس ذكر معرفاً بالإضافة إلى المال، والمعرفة إذا أعيدت يراد بالثاني عين الأول هو المعهود في اللغة. قال: **(ومن أوصى بثلث دراهمه أو بثلث غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي)** وقال زفر: له ثلث ما بقي لأن كل واحد منهما مشترك بينهم والمال المشترك يتوى ما توىٰ منه على الشركة ويبقى ما بقي عليها وصار كما إذا كانت التركة أجناساً مختلفة. ولنا أن في الجنس الواحد يمكن جميع حق أحدهم في الواحد ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة وفيه

المتيقن، هذا زبدة ما في الشروح. قال بعض المتأخرين بعد ذكر ذلك الدليل على هذا المنوال: هكذا قالوا، وهذا كما ترى حمل للكلام على أحد محتمليه. ولك أن تقول لما كان الكلام محتملاً للمعنيين وكان الذكر الثابت به بيقين على الاحتمالين الثلث. قلنا: ما ثبت به من الوصية هو الثلث لكن لا بطريق حمله على أحد محتمليه كما زعموا، بل بجعله بمنزلة أن يقال بدأ ثلث مالي وصية لأن المتيقن ثبوت الثلث بمجموع الاحتمالين لا بأولهما، إلى هنا كلامه. أقول: ليس هذا بشيء إذ لا شك أن المتيقن ثبوت الثلث بأول الاحتمالين، فإن زيادة الثلث على السدس كما هو الاحتمال الأول يقتضي ثبوت الثلث بلا ريب، وانضمام الاحتمال الثاني إليه إنما يفيد جواز إرادة النصف ولا تأثير له في ثبوت الثلث لثبوته بدون ذلك. فالمعنى الصحيح هنا ما ذكره الجمهور لا ما زاده ذلك البعض من عند نفسه. وقال صاحب العناية: فإن قيل: إذا أجازت الورثة كان الواجب أن يكون له نصف المال وإلا لم يبق لقوله وأجازت الورثة فائدة. فالجواب أن معناه حقه الثلث وإن أجازت الورثة لأن السدس يدخل في الثلث من حيث أنه يحتمل أنه أراد بالثانية زيادة السدس على الأول حتى يتم له الثلث، ويحتمل أنه أراد بها إيجاب ثلث على السدس فيجعل السدس داخلاً في الثلث لأنه متيقن وحملاً لكلامه على ما يملكه وهو الإيصاء بالثلث اهـ. أقول: في قوله وحملاً لكلامه على ما يملكه وهو الإيصاء بالثلث بحث، لأن ما يملكه إنما يكون هو الإيصاء بالثلث إذا لم تجز الورثة. وأما إذا أجازت كما هو المفروض هنا فيملك الإيصاء بما زاد على الثلث أيضاً، ويتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا كما مر في أوائل هذا الكتاب فلا تتم هذه العلة تدبر قوله: **(لأنه أمكن إيفاء كل ذي حق حقه من غير بخس فيصار إليه)** أقول: فيه تأمل فإنه إنما يظهر أن لو كان حق الموصي له في العين خاصة وليس كذلك بل هو شائع في العين والدين معاً كما صرحوا به. وقالوا: الأصل فيه أن الوصية المرسلة تكون شائعة في كل المال لكون الموصى له إذ ذاك شريك الورثة، وعن هذا لا يأخذ الألف كملاً في صورة إن لم يخرج الألف من ثلث

السدس، وأرى أن المراد بقوله ما ذكرنا هو الأقل منهما ليكون معنى النسختين واحداً، وأشار بذلك إلى رواية المبسوط وهي ما ذكرنا من جواز النقصان دون الزيادة على السدس تنبيهاً بذلك على أن المذكور في الكتاب من قوله إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه ليس رواية واحدة، وإنما هو مركب من روايتين فإن كان هذا مراده فهو كما ترى تعمية، وإن كان غير ذلك فالله أعلم به، وجهد المقل دموعه. وصورة المسألة ما إذا أوصت المرأة بسهم من مالها ثم ماتت وتركت زوجاً وبنتاً على رواية الجامع الصغير يعطى السدس في قول أبي حنيفة، وعندهما يعطى الربع: أي مثل الربع فيعطى الخمس تجعل المسألة على قوله على ستة لحاجتنا إلى السدس للموصى له سهم بقيت خمسة للزوج منه الربع ولا يستقيم عليه فيضرب في أصل المسألة مخرج الكسر وهو أربعة تبلغ أربعة وعشرين كان للموصى له سهم يضرب في أربعة فهو أربعة وهو

قوله: (لأن كل واحد منهما: أي من الهالك والباقي) أقول: ويجوز أن يكون المعنى كل فرد من نوعي الدراهم والغنم، بل هذا المعنى ألأم لقوله يتوى ما توى الخ. قال العلامة الإتقاني في وجه قول زفر: إن الموصي لما مات بقي المال مشتركاً بين الورثة والموصى له، والمال المشترك إذا هلك بعضه هلك على الشركة، وإذا بقي يبقى على الشركة، فكذلك ها هنا الذي هلك هلك أثلاثاً، والذي بقي بقي أثلاثاً، وبقول زفر نأخذ فهو القياس انتهى، وفيه فوائد لا تحصى قوله: (وظهر من هذا قوله) أقول: قوله قوله فاعل ظهر.

جمع والوصية مقدمة فجمعناها في الواحد الباقي وصارت الدراهم كالدرهم، بخلاف الأجناس المختلفة لأنه لا يمكن الجمع فيها جبراً فكذا تقديماً. قال: **(ولو أوصى بثلث ثيابه فهلك ثلثاها وبقي ثلثها وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق إلا ثلث ما بقي من الثياب. قالوا: هذا)** إذا كانت الثياب من أجناس مختلفة، ولو كانت من جنس واحد فهو بمنزلة الدراهم، وكذلك المكيل والموزون بمنزلتها لأنه يجري فيه الجمع جبراً بالقسمة **(ولو أوصى بثلث ثلاثة من رقيقه فمات اثنان لم يكن له إلا ثلث الباقي، وكذا الدور المختلفة)** وقيل هذا على قول أبي حنيفة وحده لأنه لا يرى الجبر على القسمة فيها. وقيل هو قول الكل لأن عندهما القاضي أن يجتهد ويجمع وبدون ذلك يتعذر الجمع، والأول أشبه للفقه المذكور. قال: **(ومن أوصى لرجل بألف درهم وله مال عين ودين، فإن خرج**

العين، وإذا كان حق الموصي له شائعاً في جميع التركة الذي هو العين والدين كشيوع حق الورثة فيه كان تخصيص حق الموصي له بالعين في صورة إن خرج الألف من ثلث العين بخساً في حق الورثة كما في الصورة الأخرى، إذ يلزم حينئذٍ أن يأخذ الموصى له جميع حقه من العين الذي له فضل على الدين ويأخذ الورثة بعض حقهم من العين وبعض حقهم من الدين، وهذا بخس في حقهم لا محالة مناف لما يقتضيه حق الشركة من تعديل النظر للجانبين فليتأمل في الدفع ولعله تسكب فيه العبرات قوله: **(ومن أوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فإذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد، لأن الميت ليس بأهل للوصية فلا يزاحم الحيّ الذي هو من أهلها كما إذا أوصى لزيد وجدار)** قال صاحب العناية في شرح هذا المقام: واندفع بقوله فلا يزاحم الحيّ ما إذا أوصى لزيد وعمرو وهما بالحياة فمات ثم مات أحدهما فإن للباقي نصف الثلث لوجود المزاحمة بينهما حال الملك، ثم بعد ذلك موت أحدهما لا يبطل حقه بل يقوم وارثه فيه مقامه كموت أحد الورثة بعد موت المورّث اهـ. أقول: في تقرير الشارح المذكور هنا قصور. أما أوّلاً فلأنه أضاف اندفاع الإشكال بالمسألة التي ذكرها إلى قوله فلا يزاحم الحيّ مع أن اندفاعه بمجموع التعليل بل بقوله لأن الميت ليس بأهل للوصية في الحقيقة، وإنما قوله فلا يزاحم الحيّ متفرّع على ذلك، والأصل أن يضاف الحكم إلى الأصل دون الفرع. وأما ثانياً فلأن الظاهر من قوله لوجود المزاحمة بينهما حال الملك أن يكون المراد بالمزاحمة المنفية في قول المصنف لا يزاحم الحيّ هو المزاحمة حال الملك وهي حال موت الموصي وذلك مع كونه غير تام في نفسه، لأنه إذا أوصى لزيد وعمرو بثلث ماله وهما بالحياة فمات أحدهما قبل موت الموصي كان

سدس المال بقي عشرون للزوج منها الربع وهو خمسة والباقي للبنت، وعلى قولهما على خمسة يزاد مثل أخس سهام الورثة، وهو واحد على الفريضة وهي أربعة فتصير خمسة يعطى الموصى له سهماً والزوج سهماً وهو ربع الباقي بعد نصيب الموصى له وما بقي فللبنت، وإنما كان كذلك لأن الموصى أوصى بمثل نصيب الزوج ومثل الشيء غيره فيزاد مثل الربع على الأربعة ليكون المزيد مثلاً للربع، وأما على رواية الأصل فتخريجه كتخريجهما، وعلى هذا قس أمثالها وخرّجها على الروايتين.
وقوله: **(قالوا)** أي مشايخنا كان هذا في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزء **(ولو أوصى بجزء من ماله قيل للورثة أعطوه ماشئتم لأنه مجهول يتناول القليل والكثير غير أن الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصى فإليهم البيان)** ولو أوصى ببعض من ماله أو بطائفة أو بنصيب أو بشيء فالحكم كذلك وقوله: **(وأجازت الورثة فله ثلث المال)** فإن قيل: إذا أجازت الورثة كان الواجب أن يكون له نصف المال وإلا لم يبق لقوله وأجازت الورثة فائدة فالجواب أن معناه حقه الثلث وإن أجازت الورثة، لأن السدس يدخل في الثلث من حيث أنه يحتمل أنه أراد بالثانية زيادة السدس على الأول حتى يتم له الثلث، ويحتمل أنه أراد بها إيجاب الثلث على السدس فيجعل السدس داخلاً في الثلث لأنه متيقن وحملاً لكلامه على ما يملكه وهو الإيصاء بالثلث. وقوله: **(والمعرفة متى أعيدت يراد بالثاني عين الأول)** قد قررناه في التقرير مستوفى بتوفيق الله تعالى. قال: **(ومن أوصى بثلث دراهمه أو بثلث غنمه)** ومن أوصى بثلث دراهمه أو بثلث غنمه **(فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي. وقال زفر: له ثلث ما بقي، لأن كل واحد منهما)** أي من الهالك والباقي **(مشترك بين الورثة والموصى له والمال المشترك يتوى ما توى منه على الشركة ويبقى ما بقي منه عليها، وصار كما إذا كانت التركة أجناساً**

الألف من ثلث العين دفع إلى الموصى له) لأنه أمكن إيفاء كل ذي حق حقه من غير بخس فيصار إليه، وإن لم يخرج دفع إليه ثلث العين، وكلما خرج شيء من الدين أخذ ثلثه حتى يستوفي الألوف لأن الموصى له شريك الوارث، وفي تخصيصه بالعين نجس في حق الورثة لأن للعين فضلاً عن الدين، ولأن الدين ليس بمال في مطلق الحال وإنما يصير مالاً عند الاستيفاء فإنما يعتدل النظر بما ذكرناه. قال: **(ومن أوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فإذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد)** لأن الميت ليس بأهل للوصية فلا يزاحم الحيّ الذي هو من أهلها، كما إذا أوصى لزيد

للباقي منهما نصف الثلث لا كله كما صرحوا به، مع أن العلة هناك أيضاً التزاحم، وإن التزاحم فيه إنما يتصوّر في حال إيجاب الموصي لا في حال الملك إذا كان أحدهما ميتاً في حال الملك ولا تزاحم للميت غير مطابق لما ذكره الشارح المذكور في تعليل جواب ظاهر الرواية فيما بعد حيث قال: ولم يفرق بين علم الموصي بحياته وعدمه في ظاهر الرواية لأن استحقاق الحيّ منهما لجميع الثلث بعدم المزاحمة عند إيجاب الموصي، وفي هذا لا فرق بين العلم وعدمه اهـ. وأما ثالثاً فلأنه لم يتعرّض لبيان اندفاع الإشكال بمسألة أخرى أيضاً بعبارة الكاتب، وهي أي تلك المسألة ما إذا أوصى لزيد وعمرو وهما بالحياة فمات أحدهما قبل موت الموصي فإن للباقي نصف الثلث هناك أيضاً كما ذكرنا من قبل مع أن التعليل المذكور في الكتاب يفيد اندفاع ذلك أيضاً، فالتقرير الظاهر الواسع في شرح هذا المقام ما أفاده صاحب النهاية قال: وبهذا التعليل خرج الجواب عما لو أوردوا شبهة على هذه المسألة بأن قالوا ما الفرق بين هذه المسألة وبين ما لو أوصى لزيد وعمرو وهما بالحياة ثم مات الموصى ثم مات أحدهما كان للباقي

مختلفة) وهو القياس **(ولنا أن هذا جنس واحد والجنس الواحد يمكن فيه جمع حق أحدهم في الواحد)** أي مكن جمع حق شائع لكل واحد في **(فرد ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة)** مع ما فيه من الجمع، وإذا أمكن الجمع جمعنا حق الموصى له فيما بقي تقديماً للوصية على الإرث لأن الموصى له جعل حاجته في هذا المعين مقدمة على حق الورثة بقدر الموصى به، فكان حق الورثة كالتبع وحق الموصى له كالأصل، والأصل في مال اشتمل على أصل وتبع إذا هلك شيء منه أن يجعل الهالك من التبع دون الأصل، كمال المضاربة إذا كان فيه ربح وهلك بعضه يصرف الهالك إلى الربا الذي هو تبع لا إلى رأس المال **(وصارت الدراهم)** أي صارت الوصية بثلث الدراهم كالوصية بالدرهم الواحد. ولو أوصى بدرهم وله ثلاثة دراهم فهلك درهمان وبقي درهم وهو يخرج من الثلث كان له الدرهم فكذلك هذا. وقوله: **(بخلاف الأجناس المختلفة)** جواب عن قول زفر كما إذا كانت التركة أجناساً، ووجهه أن الجمع فيها غير ممكن، فإنه إذا تركها وطلب بعض الورثة القسمة وأبى الباقون فإن القاضي لا يجبرهم على القسمة، لأن الغرض من القسمة الانتفاع فلا بد من المعادلة وهي فيها متعذرة، وإذا تعذر الجمع تعذر التقديم لأن فيه الجمع فبقي الكل مشتركاً بين الورثة والموصى له أثلاثاً، فما هلك على الشركة وما بقي بقي عليها أثلاثاً، وظهر من هذا قوله ولو أوصى بثلث ثيابه، وأما إذا أوصى بثلث ثلاثة من رقيقه من جنس واحد أو بثلث ثلاثة من الدور فليس له إلا الثلث الباقي لكثرة التفاوت، هكذا أجاب محمد في الجامع الصغير من غير ذكر خلاف. واختلف المشايخ **(فقيل هذا قول أبي حنيفة وحده لأنه لا يرى الجبر على القسمة)** فيها فأما على قولهما فالدور جنس واحد وكذلك الرقيق، فيكون للموصى له العبد الباقي والدار الباقية لأن للقاضي أن يقسم قسمة واحدة فيجمع نصيب كل واحد منهم في عبد باعتبار القيمة لاتحاد الجنس، وإلى هذا مال الفقيه أبو الليث والإمامْ فخر الإسلام. وقيل المذكور في الجامع قول الكل لأن عندهما لا يجب على القاضي القسمة بل يجوز له **(أن يجتهد ويجمع وبدون ذلك)** أي بدون اجتهاد القاضي وجمعه **(يتعذر الجمع)** وإذا هلك لم يكن هناك فعل من القاضي فكان المال على الشركة ما بقي وما هلك **(والأول)** وهو أن يكون في المسألة اختلاف **(أشبه للفقه المذكور)** وهو أن أبا حنيفة لا يرى الجبر على القسمة في الرقيق والدور المختلفة لأنه يجعلها أجناساً مختلفة، وهما يريان ذلك لأنهما يجعلانها جنساً واحداً. قال: **(ومن أوصى لرجل بألف درهم)** ومن أوصى لرجل بألف درهم

قوله: **(فإن للباقي نصف الثلث لوجود المزاحمة بينهما)** أقول: قد سبق أن الوصية تملك بالقبول إلا في مسألة فتذكر فإنه ينفعك ها هنا قوله: **(حال الملك)** أقول: يعني حال موت الموصي.

وجدار. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه إذا لم يعلم بموته فله نصف الثلث، لأن الوصية عنده صحيحة لعمرو فلم يرض للحيّ إلا نصف الثلث بخلاف ما إذا علم بموته لأن الوصية للميت لغو فكان راضياً بكل الثلث للحيّ، وإن قال ثلث مالي بين زيد وعمرو وزيد ميت كان لعمرو نصف الثلث، لأن قضية هذا اللفظ أن يكون لكل واحد منهما نصف الثلث بخلاف ما تقدم، ألا ترى أن من قال ثلث مالي لزيد وسكت كان له كل الثلث، ولو قال ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق الثلث. قال: **(ومن أوصى بثلث ماله ولا مال له واكتسب مالاً استحق الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت)** لأن الوصية عقد استخلاف مضاف إلى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعد فيشترط وجود المال عند الموت لا قبله، وكذلك إذا كان له مال فهلك ثم اكتسب مالاً لما بينا. ولو أوصى له بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته أو لم يكن له غنم في الأصل فالوصية باطلة لما ذكرنا أنه إيجاب بعد الموت فيعتبر قيامه حينئذٍ، وهذه الوصية

نصف الثلث والنصف الآخر لورثة الميت منهما، وكذلك لو مات أحدهما قبل موت الموصي كان للباقي نصف الثلث، ولكن هنا كان النصف الآخر للموصي لما أن في المسألة الأولى قد تمت الوصية لهما بموت الموصي ثم بعد ذلك موت أحدهما لا يبطل حقه بل يقوم وارثه في مقامه كموت أحد الورثة بعد موت المورّث، وفي المسألة الثانية لما مات أحدهما قبل موت الموصي بطلت حصته لأن الوصية في معنى عقد مضاف إلى ما بعد الموت فيشترط بقاء من أوجب له عند وجود الوصية ولم يوجد حيث مات قبل موت الموصي فيبطل نصيبه، كما لو مات أحد الورثة قبل موت المورث وللآخر نصف الثلث، لأن الانقسام قد حصل بينهما عند الإيجاب لكون كل واحد منهما أهلاً لإيجاب الوصية له فيبطلان حق أحدهما لا يزداد نصيب الآخر، كما لو ردّ أحدهما الوصية كان للآخر نصف الثلث، وهذا على خلاف مسألة الكتاب فإن فيها للحيّ كل الثلث، لأن الميت ليس من أهل الوصية له، فإنما ينتقص حقه بإثبات المزاحمة ولم تثبت المزاحمة حيث كان الآخر ميتاً فبقي الثلث للحيّ منهما بمنزلة ما لو قال ثلث مالي لفلان وللمولى فالثلث كله لفلان، إلى هنا لفظ النهاية فتبصر قوله: **(ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة لأنه لما أضافه إلى الغنم علمنا أن مراده عين الشاة حيث جعله جزءاً من الغنم)** اعلم أنه وقع في عبارة الوقاية ولا شاة له موضع ولا غنم له الواقع في عبارة الهداية في وضع هذه المسألة فقال صدر الشرعية في شرحه للوقاية: واعلم أنه قال في الهداية ولا غنم له وقال في المتن ولا شاة له، وبينهما فرق لأن الشاة فرد من الغنم، فإذا لم يكن له شاة لا يكون له غنم، لكن إذا لم يكن له غنم لا يلزم أن لا يكون له شاة لاحتمال أن يكون له واحد لا كثير، فعبارة الهداية تناولت صورتين: ما إذا لم يكن له شاة أصلاً، وما يكون له شاة لا غنم له، ففي الصورتين تبطل الوصية، وعبارة المتن لم تتناول إلا الصورة الأولى ولم يعلم منها الحكم في الصورة الثانية، فعبارة الهداية أشمل لكن هذه أحوط اهـ. كلامه. وردّ عليه صاحب الإصلاح والإيضاح حيث قال في شرحه: إنما قال ولا شاة له ولم يقل ولا غنم له كما قال صاحب الهداية، لأن الشاة فرد من الغنم، فإذا لم يكن له شاة لا يكون له غنم بدون

(وله مال عين ودين فإن خرج الألف ثلث العين) بأن كان له ثلاثة آلاف درهم نقداً **(دفع)** الألف منه **(إلى الموصى له)** وإن لم يخرج فإن كان النقد ألفاً دفع منه إليه ثلثه **(وكلما خرج شيء من الدين أخذ ثلثه حتى يستوفي الألف لأن الموصى له شريك الوارث)** والأصل في المال المشترك أن يوفى حق كل من الشركاء بلا بخس، ولا بخس في حق أحد بتخصيص الموصى له بالعين في الأول فيصار إليه، وفي الثانية بخس في حق الورثة بتخصيص الموصى له بألفين **(لأن للعين فضلاً على الدين)** على ما ذكر في الكتاب فكان فيما ذكرنا تعديل النظر للجانبين. قيل الموصى به ألف من المال والدين ليس بمال، فإن من حلف أنه لا مال له لم يحنث بديون له على الناس. سلمناه ولكن لا نسلم أن الموصى له شريك الورثة مطلقاً، فإن من أوصى لرجل بشيء معين وهو يخرج من الثلث فهلك فلا ضمان على الوارث، ولو كان شريكاً له لوجب على الوارث حصة

قوله: **(قال الفقيه أبو الليث)** أقول: في كتاب نكت الوصايا.

تعلقت بالعين فتبطل بفواته عند الموت، وإن لم يكن له غنم فاستفاد ثم مات فالصحيح أو الوصية تصح، لأنها لو كانت بلفظ المال تصح، فكذا إذا كانت باسم نوعه، وهذا لأن وجوده قبل الموت فضل والمعتبر قيامه عند الموت؛ ولو قال له شاة من مالي وليس له غنم يعطي قيمة شاة لأنه لما أضافه إلى المال علمنا أن مراده الوصية بمالية الشاة إذ ماليتها في مطلق المال، ولو أوصى بشاة ولم يضفه إلى ماله ولا غنم قيل لا يصح لأن المصحح إضافته إلى المال وبدونها تعتبر صورة الشاة ومعناها، وقيل تصح لأنه لما ذكر الشاة وليس في ملكه شاة علم أن مراده المالية؛ ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة، لأنه لما أضافه إلى الغنم علمنا أن مراده عين الشاة حيث جعلها جزءاً من الغنم، بخلاف ما إذا أضافه إلى المال وعلى هذا يخرّج كثير من المسائل. قال: **(ومن أوصى بثلث ماله لأمهات أولاده وهن ثلاث وللفقراء والمساكين فلهن ثلاثة أسهم من خمسة أسهم)** قال رضي الله عنه: وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وعن محمد رحمه الله أنه يقسم على سبعة أسهم لهن ثلاثة ولكل فريق سهمان، وأصله

العكس، والشرط عدم الجنس لا عدم الجمع حتى لو وجد الفرد تصح الوصية يفصح عن ذلك قول الحاكم الشهيد في الكافي: ولو قال شاة من غنمي أو قفيز من حنطتي فإن الحنطة اسم جنس لا اسم جمع اهـ. وقال في حاشيته: أخطأ هنا صدر الشريعة حيث قال تبطل الوصية في الصورتين اهـ. وقصد بعض المتأخرين أن يجيب عنه حيث قال بعد نقل كلام صدر الشريعة: واعترض عليه بعض الأفاضل بما حاصله أن عبارة الوقاية هي الصواب، وأن الحكم في وجود الفرد صحة الوصية، وزعم أن الشرط عدم الجنس لا عدم الجمع. قلت: بعد تسليم أن الغنم جمع أو اسم جمع لا اسم جنس أن نفي الغنم كما وقع في عبارة الهداية وعامة الكتب هو الصواب، وأنه لا تصح الوصية بوجود شاة واحدة لأن الشرط عدم الجمع لا عدم الجنس كما زعمه المعترض لأنه أوصى بشاة من غنمه، فإذا لم يكن له غنم بل فرد لم يتحقق شاة من غنمه فتبطل الوصية فهذا هو السرّ في تعميم الغنم دون الشاة إلى هنا كلامه. أقول: الظاهر عندي مما ذكروه في تعليل هذه المسألة أن تصح الوصية بوجود شاة واحدة، لأن الموصى به في هذه المسألة وهو الشاة يصير موجوداً حينئذٍ فتصير الوصية بشيء موجود لا معدوم، ولا مانع لصحة الوصية هنا سوى كون الموصى به معدوماً، فإذا وجدت شاة واحدة انتفى المانع. نعم لا يوجد حينئذٍ ما أضيفت الشاة إليه من الغنم على تقدير أن يكون الغنم اسم جمع لا اسم جنس لكون المقصود من الإضافة إلى الغنم تعيين أن مراده عين الشاة لا ماليتها، ويحصل ذلك المقصود من مجرد الإضافة إليها، ولا يقتضي وجودها البتة كوجود الشاة التي هي الموصى به. ومما يرشد إلى كون جواب هذه المسألة فيما إذا لم توجد شاة أصلاً أنه قال الحاكم الشهيد في الكافي: ولو قال شاة من غنمي أو قفيز من حنطتي وليس له غنم ولا حنطة فالوصية باطلة. وقال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرحه: لأنه لما أضافه إلى الغنم علمنا أن مراده الوصية بعين الشاة لأنه جعله جزءاً من الغنم، وأنه يصلح جزءاً للغنم بصورته ومعناه فصارت الوصية بشيء معدوم ولا وجود له عند الموت أيضاً فلا تصح اهـ تأمل تفهم قوله: **(وأصله أن الوصية لأمهات الأولاد جائزة)** وهذا استحسان، وكان القياس أن لا تصح الوصية لأم الولد لأن الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت فهي إنما تستحق الوصية بعد موت مولاها، وبعد موت مولاها حال حلول العتق بها فالعتق يحلها وهي أمة، والوصية لأمته بشيء غير رقبتها باطلة.

الموصى له فيما بقي من المال، والجواب عن الأول أن الموصى به ألف أعم من أن يكون مالاً في الحال أو في المآل لأن الوصية تتعلق بالتركة وكلاهما تركة، وعن الثاني بأنه شريك الوارث إذا كانت في غير معين. وأما في المعين فإن الوراث كالمودع لا يضمن إذا لم يتعدّ. وقوله: **(ومن أوصى لزيد وعمرو بثلث ماله)** واضح، واندفع بقوله: **(فلا يزاحم الحيّ)** ما إذا أوصى لزيد وعمرو وهما بالحياة فمات أحدهما ثم مات أحدهما فإن للباقي نصف الثلث لوجود المزاحمة بينهما حال الملك، ثم بعد ذلك موت أحدهما لا يبطل حقه بل يقوم وارثه فيه مقامه كموت أحد الورثة بعد موت المورّث، ولم يفرق بين علم الموصي

أن الوصية لأمهات الأولاد جائزة والفقراء والمساكين جنسان، وفسرناهما في الزكاة لمحمد رحمه الله أن المذكور لفظ الجمع وأدناه في الميراث اثنان نجد ذلك في القرآن فكان من كل فريق اثنان وأمهات الأولاد ثلاث فلهذا يقسم على سبعة. ولهما أن الجمع المحلي بالألف واللام يراد به الجنس، وأنه يتناول الأدنى مع احتمال الكل، لا سيما

وجه الاستحسان أن الوصية مضافة إلى ما بعد عتقها إلى حال حلول العتق بها بدلالة حال الموصي، لأن الظاهر من حاله أن يقصد بإيصائه وصية صحيحة لا باطلة، والصحيحة هي المضافة إلى ما بعد عتقها، كذا في عامة الشروح، وعزاه جماعة من الشراح إلى الذخيرة. أقول: فيما ذكروا من وجه القياس نظر، لأن قولهم وبعد موت مولاها حال حلول العتق بها ممنوع، بل حال حلول العتق بها إنما هي حال موت مولاها لا بعد موت مولاها، إذ لا شك أن أم الولد تعتق حين موت مولاها ولا ينتظر عتقها إلى ما بعد موته، فهي بعد موت مولاها حرة فلم تكن الوصية لأم الولد وصية للأمة في شيء، فلم يتم وجه القياس ولم يحتج إلى ما تكلفوه في وجه الاستحسان. ولعل الإمام قاضيخان والإمام المحبوبي عن هذا قالا: أما جواز الوصية لأمهات أولاده فلأن أو أن ثبوت الوصية وعملها بعد الموت وهن حرائر بعد الموت فتجوز الوصية لهن كما ذكره صاحب النهاية نقلاً عنهما. ثم قال في العناية: فإن قيل: الوصية بثلث المال لعبده جائزة ولم يعتق بعد موته وأم الولد ليست أقل حالاً منه فكيف لم تصح لها الوصية قياساً. أجيب بأن الوصية بثلث المال للبعد إنما جازت لتناوله ثلث رقبته فكانت وصية برقبته، والوصية برقبته إعتاق وهو يصح منجزاً أو مضافاً بخلاف أم الولد فإن الوصية ليست إعتاقاً لأنها تعتق بموت المولى وإن لم يكن ثمة وصية أصلاً. ولقائل أن يقول: الوصية بثلث المال إما إن صادفتها بعد موت المولى وهي حرّة أو أمة، فإن كان الأول فلا وجه لنفي القياس، وإن كان الثاني فكذلك لأنها كالعبد الموصى له بثلث المال. والجواب أنها ليس كالعبد لأن

بحياته وعدمه في ظاهر الرواية، لأن استحقاق الحيّ منهما لجميع الثلث بعدم المزاحمة عند إيجاب الموصي، وفي هذا لا فرق بين العلم وعدمه، والضمير في قوله لأن الوصية عنده للموصى والباقي ظاهر. وقوله: **(ومن أوصى بثلث ماله)** ظاهر. وقوله: **(فالصحيح أن الوصية تصح)** احتراز عن قول بعض المشايخ إن الوصية باطلة لأنه أضاف إلى مال خاص فصار بمنزلة التعيين، كما لو أوصى بهذه الشاة ولم تكن في ملكه ثم ملك فإنها غير صحيحة. قال الفقيه أبو الليث: هذا القول ليس بصحيح عندنا، لأنه أضاف الوصية إلى غنم مرسل بغير تعيين فصار بمنزلة إضافته إلى ثلث المال. وقوله: **(وعلى هذا يخرج كثير من المسائل)** فمنها ما ذكره في المبسوط بقوله لو قال بقفيز من حنطة من مالي وبثوب من مالي فإنه يصح الإيجاب وإن لم يكن ذلك في ملكه، بخلاف ما إذا قال من حنطتي أو من ثيابي فإنه إذا لم يوجد ذلك في ملكه أو هلك قبل موته فلا شيء

قوله: **(والوصية لأمته بشيء غير رقبتها باطلة)** أقول: فيه بحث، لأن بطلان الوصية لأمته بشيء غير رقبتها إنما هو لأنها ليست من أهل أن يملك ما سوى رقبتها لأنها تكون وصية للوارث، وليس أحدى تينك العلتين بموجودة في أم الولد. أما الأولى فلأن الموصى له يملك الوصية بالقبول وهي حينئذٍ حرة أهل لأن تملك. وأما الثانية فلأنها لا تنقل إلى الورثة حتى يلزم الوصية وارث فليتأمل قوله: **(فإن قيل: الوصية بثلث المال لعبده جائزة ولم يعتق بعد موته)** أقول: وفي المحيط وفي الكافي في المتفرقات من كتاب الوصايا: ولو أوصى بثلث ماله لعبده عتق ثلثه بعد موته عند أبي حنيفة لأنه من جملة مال الميت فملك ثلث نفسه كما يملك ثلث سائر أمواله، ومن ملك نفسه عتق وسعى في ثلثي قيمته للوارث وملك ثلث سائر أمواله لأنه كالمكاتب عنده والوصية للمكاتب صحيحة، وعندهما يعتق كله ويبدأ بالعتق من الثلث، فإن فضل شيء دفع إليه وهي حينئذٍ فرع تجزي الإعتاق انتهى. وفي المحيط: ولو أوصى لعبده بشيء من رقبته يصح، ولو أوصى له بشيء من ماله لا يصح لأن العبد من أهل أن يملك رقبته وليس من أهل أن يملك ما سوى رقبته، ولأن الوصية لعبده بمال وصية لوارثه لأن الملك في العبد والموصى به يقع لوارثه، والوصية لوارثه باطلة، فأما الوصية بالرقبة فوصية له لا لوارثه، لأن الوصية بالرقبة إعتاق ولو أوصى له بثلث ماله ورقبته أقل من ثلثه عتق لأنه أوصى له بثلث رقبته، فإن رقبته من مال الميت، والوصية للعبد برقبته جائزة ويستحق ثلث باقي المال لأنه حر، وإن كان الثلث أقل عتق بقدر الثلث وله ثلث ما سوى رقبته من المال لأنه حر عندهما. ، وبمنزلة المكاتب عند أبي حنيفة، والوصية للحر أو للمكاتب جائزة، وإن بقي كان ثلث ما بقي من المال مثل ثلثي السعاية يتقاصان وإن كان أكثر أخذ الفضل منهم، وإن كان أقل أعطى الفضل انتهى كلامه.

عند تعذر صرفه إلى الكل فيعتبر من كل فريق واحد فبلغ الحساب خمسة والثلاثة للثلاث. قال: **(ولو أوصى بثلثه لفلان وللمساكين فنصفه لفلان ونصفه للمساكين عندهما)** وعند محمد ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين، ولو أوصى للمساكين له صرفه إلى مسكين واحد عندهما، وعنده لا يصرف إلا إلى مسكيتين بناء على ما بناه. قال: **(ومن أوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة ثم قال لآخر قد أشركتك معهما فله ثلث كل مائة)** لأن الشركة للمساواة لغة، وقد أمكن إثباته بين الكل بما قلناه لاتحاد المال لأنه يصيب كل واحد منهم ثلثا مائة، بخلاف ما إذا أوصى لرجل

عتقها لا بد وأن يكون بموت المولى، فلو كان بالوصية أيضاً توارد علتان مستقلتان على معلول واحد بالشخص وهو ثلث رقبتها وذلك باطل، إلى هنا لفظ العناية. أقول: لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن السؤال الثاني وجوابه لغو من الكلام بعد أن ذكر ما قبلهما على الوجه الذي قرره، لأن الترديد الواقع في هذا السؤال إن كان على موجب الاستحسان دون القياس فالشق الأول متعين، ولا معنى لقوله فلا وجه لنفي القياس، وإن كان على مقتضى القياس كما هو الظاهر فالشق الثاني مختار. والفرق بين أم الولد والعبد الموصى له بثلث المال قد علم في جواب السؤال الأول قطعاً فلا معنى للإعادة قوله: **(ومن أوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة ثم قال لآخر قد أشركتك معهما فله ثلث كل مائة)** قال صاحب النهاية: وهذا استحسان، وفي القياس له نصف كل مائة لأن لفظ الإشراك يقتضي التسوية عند الإطلاق، قال الله تعالى: ﴿فهم شركاء في الثلث﴾ النساء (١٢) وقد أشرك الثالث فيما يوصى به لكل واحد منهما في استحقاق المائة وذلك يوجب أن يكون له نصف كل مائة. وجه الاستحسان أنه أثبت الشركة بينهم وهي تقتضي المساواة، وإنما تثبت المساواة إذا أخذ من كل واحد منهما ثلث المائة، أما إذا أخذ من كل واحد منهما نصف المائة حصل له مائة فلا تثبت المساواة بينهم، فعلم بهذا أنه أشركه معهما جملة واحدة فلا يعتبر بإشراكه إياه مع كل واحد منهما متفرقاً انتهى. واقتفى أثره صاحب العناية. أقول: فيه بحث، لأن الشركة للمساواة لغة كما صرح به المصنف فيقتضي لفظ الإشراك التسوية بلا ريب، فإن كان معنى قول الموصي للثالث قد أشركتك معهما إشراكه معهما جملة واحدة أي التسوية بين الكل لا إشراكة مع كل واحد منهما منفرداً: أي تسويته مع كل واحد بنصف بعينه فلا معنى لوجه القياس المذكور، وإن كان معناه هو الثاني فلا معنى لوجه الاستحسان المذكور. وبالجملة ما ذكره الشارحان المزبوران من وجه القياس والاستحسان معنيان متضادّان لا يمكن اجتماعهما في محل واحد، فمعنى كلام الموصي لغة وعرفاً أحدهما لا غير فلم يصلح هذه المسألة للقياس والاستحسان على ما ذكراه، وعن هذا لم أر أحداً ذكر القياس والاستحسان في هذه المسألة سوى ذينك الشارحين، والذي ظهره من كلام المصنف هو أن التسوية بين الكل هو المعنى فيما أمكن تحقق المساواة بين الكل، وإلا يحمل على المساواة مع كل واحد بنصف نصيبه عملاً باللفظ بقدر الإمكان، وبهذا فرق بين المسألتين كما ترى ولا غبار فيه قوله: **(وفي القياس لا يصدق لأن الإقرار بالمجهول وإن كان صحيحاً لكنه لا يحكم له إلا بالبيان)** يعني لا يحكم به إلا إذ قرن ببيان من جهة المقر وقد فات بموته، كذا في العناية وغيرها. أقول: لقائل أن يقول: لم لا ينوب عنه الورثة في البيان كما في

للموصى له، والفرق ما ذكرناه. قال: **(ومن أوصى بثلث ماله لأمهات أولاده)** ما ذكره واضح صورة وتعليلاً، خلا قوله وأصله أن الوصية لأمهات الأولاد جائزة فإنه يحتاج إلى بعض بيان، وهو أن الوصية لهن جائزة استحساناً. والقياس أن لا تصح لأن الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، فإنما تستحق الوصية بعد موت مولاها وذلك حال حلول العتق بها فالعتق يحلها وهي أمة فتستحق الوصية وهي أمة، والوصية لأمته بشيء غير رقبتها باطلة وجه الاستحسان أن الوصية مضافة إلى ما بعد عتقها لا حال حلول العتق بها بدلالة حال الموصي، لأن الظاهر من حاله أن يقصد وصية صحيحة لا باطلة، والصحيحة هي المضافة إلى ما بعد عتقها. فإن قيل: الوصية بثلث المال لعبده جائزة ولم يعتق بعد موته وأم الولد ليست أقل حالاً منه فكيف لم تصح الوصية لها قياساً. أجيب بأن الوصية بثلث المال للعبد إنما جازت لتناوله ثلث رقبته فكان وصية برقبته، والوصية

بأربعمائة ولآخر بمائتين ثم كان الإشراك لأنه لا يمكن تحقيق المساواة بين الكل لتفاوت المالين فحملناه على مساواته كل واحد بتنصيف نصيبه عملاً باللفظ بقدر الإمكان. قال: **(ومن قال لفلان عليّ دين فصدّقوه)** معناه قال ذلك لورثته **(فإنه يصدق إلى الثلث)** وهذا استحسان. وفي القياس لا يصدق لأن الإقرار بالمجهول وإن كان صحيحاً لكنه لا يحكم به إلا بالبيان وقوله فصدقوه صدر مخالفاً للشرع لأن المدعي لا يصدق إلا بحجة فتعذر إثباته إقراراً مطلقاً فلا يعتبر. وجه الاستحسان أنا نعلم أن من قصده تقديمه على الورثة وقد أمكن تنفيذ قصده بطريق الوصية وقد يحتاج إليه من يعمل بأصل الحق عليه دون مقداره سعياً منه في تفريغ ذمته فيجعلها وصية جعل التقدير فيها إلى الموصى له كأنه قال إذا جاءكم فلان وادعى شيئاً فأعطوه من مالي ما شاء، وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق على الثلث دون الزيادة. قال: **(وإن أوصى بوصايا غير ذلك يعزل الثلث لأصحاب الوصايا والثلثان للورثة)** لأن ميراثهم معلوم. وكذا الوصايا معلومة وهذا مجهول فلا يزاحم المعلوم فيقدم عزل المعلوم، وفي الإفراز فائدة أخرى وهو أن

الوصية بالمجهول مثل أن أوصى بجزء من ماله فإنه يقال هناك للورثة أعطوا ما شئتم بناء على أنه مجهول يتناول القليل والكثير والورثة قائمون مقام الموصي فإليهم البيان كما مر في الكتاب فتأمل قوله: **(وإذا عزل يقال لأصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة صدقوه فيما شئتم لأن هذا دين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ الخ)** قال صاحب العناية: حاصله أنه تصرف بشبه الإقرار لفظاً ويشبه الوصية تنفيذاً، فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث، وباعتبار شبه الإقرار يجعل شائعاً في الأثلاث، ولا يخصص بالثلث الذي لأصحاب الوصايا عملاً بالشبهين اهـ. وقد سبقه تاج الشريعة إلى بيان حاصل هذا المقام بهذا الوجه. أقول: فيه كلام، وهو أن العمل بمجموع الشبهين إن كان أمراً واجباً كما هو الظاهر المعروف فما بالهم لم يعملوا بشبه الإقرار في هذا التصرف إذا لم يوص بوصايا غير ذلك كما تقدم، بل جعلوه وصية جعل التقدير فيها إلى الموصى له كما إذا قال إذا جاءكم فلان وادّعى شيئا فأعطوه من مالي ولم يعتبروا شبه الإقرار قط حيث لم يجعلوا له حكماً أصلاً في تلك الصورة وإن لم يكن ذلك أمراً واجباً فكيف يصلح ذلك تعليلا لجواب هذه المسألة في هذه الصورة. واعترض عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال: فيه بحث، فإنه لا يؤخذ بقوله في هذه الصورة لا في الثلث ولا في أقل منه، بل يؤخذ بقول الورثة وأصحاب الوصايا فتأمل ا هـ. وقصد بعض المتأخرين أن يجيب عنه فقال في الحاشية بعد نقل ذلك قلت بعد تسليم ذلك أن عدم التصديق في الزيادة على الثلث لا يوجب التصديق في الثلث، فالمعنى لا يصدق في صورة دعوى الزيادة بل يؤخذ بقولهم فلا اعتبار فيه فتأمل اهـ. أقول: ليس هذا بمستقيم، فإن مراد ذلك المعترض أنه لا يؤخذ بقول المدعي في هذه الصورة لا في الثلث ولا في أقل منه كما يؤخذ بقوله في الزيادة على الثلث بل يؤخذ بقول الورثة وأصحاب الوصايا بالغاً ما بلغ. فمن أين يظهر اعتبار شبه الوصية، وليس مراده أن قول صاحب العناية فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة يدل على أن يصدق في الثلث وما دونه، وليس كذلك حتى يتم الجواب عنه بما ذكره ذلك المجيب تأمل تقف. ثم إن الإمام الزيلعي استشكل هذا المحل بوجه آخر حيث قال في شرح

برقبته إعتاق وهو يصح منجزاً ومضافاً، بخلاف أم الولد فإن الوصية لها بذلك ليست إعتاقاً لأنها تعتق بموت المولى وإن لم يكن ثمة وصية أصلاً. ولقائل أن يقول: الوصية بثلث المال إما أن صادفتها بعد موت المولى وهي حرة أو أمة، فإن كان الأول فلا وجه لنفي القياس، وإن كان الثاني فكذلك لأنها كالعبد الموصى له بثلث المال. والجواب أنها ليست كالعبد لأن عتقها لا بد وأن يكون بموت المولى، فلو كان بالوصية أيضاً توارد علتان مستقلتان على معلول واحد بالشخص وهو ثلث رقبتها وذلك باطل. وقوله: **(وأدناه في الميراث)** قيد بذلك احترازاً عن فصل الزكاة، فإن لفظ الجمع هناك منصرف إلى الواحد بالإجماع بين أصحابنا، ثم لما كان لفظ الجمع في الميراث مصروفاً إلى الاثنين والوصية في معناه من حيث أن كلا منهما تمليك المال بعد الموت كان الجمع هناك أيضاً منصرفاً إلى الاثنين. وقوله: **(نجد ذلك في القرآن)** يريد به قوله تعالى:

أحد الفريقين قد يكون أعلم بمقدار هذا الحق وأبصر به والآخر ألدّ خصاماً، وعساهم يختلفون في الفضل إذا ادعاه الخصم وبعد الإفراز يصح إقرار كل واحد فيما في يده من غير منازعة **(وإذا عزل يقال لأصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة صدقوه فيما شئتم)** لأن هذا دين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ، فإذا أقر كل فريق بشيء ظهر أن في التركة ديناً شائعاً في النصيبين **(فيؤخذ أصحاب الثلث بثلث ما أقرّوا والورثة بثلثي ما أقرّوا)** تنفيذاً لإقرار

الكنز: هذا مشكل من حيث أن الورثة كانوا يصدقونه إلى الثلث ولا يلزمهم أن يصدقوه في أكثر من الثلث وههنا لزمهم أن يصدقوه في أكثر من الثلث لأن أصحاب الوصايا أخذوا الثلث على تقدير أن تكون الوصايا تستغرق الثلث كله ولم يبق في أيديهم من الثلث شيء فوجب أن لا يلزمهم تصديقه انتهى. أقول: هذا الإشكال ساقط جدا، إذ لا يلزم الورثة في هذه الصورة أن يصدّقوه إلى الثلث، كما لا يلزمهم أن يصدقوه في أكثر من الثلث، وإنما اللازم لهم ولأصحاب الوصايا هذه الصورة أن يصدقوه فيما شاءوا، وليس في هذه الصورة إلزام الورثة أن يصدقوه في أكثر من الثلث، فإن أصحاب الوصايا فيما إذا كانت الوصايا تستغرق الثلث كله لا يأخذون الثلث بطريق التملك التام، بل إنما يأخذونه بطريق العزل والإفراز، فكان ذلك الثلث باقياً على حكم جواز تصرف الورثة فيه بتصديقهم المدعي فيما شاء، ولا يضر بذلك عدم بقاء ذلك الثلث في أيديهم من جهة العزل والإفراز، ولئن سلم عدم بقاء ذلك الثلث المخصوص في أيديهم من كل الوجوه من جهة جواز تصرفهم فيه بتصديقهم المدعي أيضا فيكفي جواز التصرف لهم في مطلق الثلث الشائع في جميع المال، وعن هذا قالوا: إن هذا تصرف يشبه الإقرار والوصية، فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث، باعتبار شبه الإقرار يجعل شائعاً في الأثلاث ولا يخص بالثلث الذي لأصحاب الوصايا عملاً بالشبهين تأمل ترشد قوله: **(وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم إن ادّعى المقرّ له زيادة على ذلك)** قال بعض المتأخرين: ينبغي أن لا يحلف الورثة إذا بلغ ما أخذ من الفريقين ثلث المال إن كان ما ادّعاه زائداً عليه ويحلف أصحاب الوصايا لبقاء شيء من الثلث في أيديهم فتأمل ا هـ. أقول: ليس هذا بكلام صحيح: أما قوله ينبغي أن لا يحلف الورثة إذا بلغ ما أخذ من الفريقين ثلث المال إن كان ما ادّعاه زائداً عليه فلأن تحليف الورثة فيما إذا كان ما ادعاه زائداً على الثلث ليس بموجب هذه المسألة، بل لكون المدعي هناك ممن يدعي حقاً لنفسه من تركة الميت، ولا ريب أن ادعاء ما زاد على الثلث من تركه الميت لا يمنع صحة الدعوى، فإذا صحت الدعوى فلا جرم يحلف الورثة إذا أنكروا. وأما قوله ويحلف أصحاب الوصايا لبقاء شيء من الثلث في أيديهم فلأن دعوى الدين لا تختص بالثلث الذي في أيدي أصحاب الوصايا، بل يختص بثلث مال الميت مطلقاً والمدعي فيما إذا ادعى زائداً على الثلث إنما يدعي الدين في حق الزيادة على الثلث لا الوصية، حتى لو ادعى الوصية فيه لا تسمع دعواه رأساً

﴿فإن كان له إخوة فلأمه السدس﴾ والمراد بها الاثنان فصاعداً وقد عرف في موضعه، وكذا وقوله: **(وإنه يتناول الأدنى مع احتمال الكل)** قال: **(ومن أوصى لرجل بمائة درهم)** صورة المسألة ظاهرة ودليلها وجه الاستحسان والقياس أن يكون له نصف كل مائة لأن لفظ الإشراك يقتضي التسوية عند الإطلاق، قال الله تعالى: ﴿فهم شركاء في الثلث﴾ وقد أشرك الثالث فيما أوصى به لكل واحد منهما في استحقاق المائة وذلك يوجب أن يكون له نصف كل مائة. وجه الاستحسان أنه أثبت الشركة وهي تقتضي المساواة والمساواة إنما تثبت إذا أخذ من كل واحد منهما ثلث المائة مقتضى إشراكه إياهما جملة واحدة وإنما يأخذ نصف كل مائة لو كان اشتراكه مع كل واحد منفرداً وليس كذلك **(بخلاف ما إذا أوصى لرجل بأربعمائة درهم ولآخر بمائتين ثم كان الإشراك أي ثم قال لآخر أشركتك معهما فإن له نصف كل ما لكل منهما لأن تحقق المساواة فيهم ممكن لتفاوت المالين)** فلا بد من العمل بمفهوم لفظ الإشراك **(فحملناه على مساواته لكل)** واحد منهما كما هو وجه القياس **(عملاً**

قوله: **(فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة)** أقول: فيه بحث فإنه لا يؤخذ بقوله في هذه الصورة لا في الثلث ولا في أقل منه بل يؤخذ بقول الورثة وأصحاب الوصايا فتأمل.

كل فريق في قدر حقه وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم إن ادّعى المقرّ له زيادة على ذلك لأنه يحلف على ما جرى بينه وبين غيره. قال: (**ومن أوصى لأجنبي ولوراثه فللأجنبي نصف الوصية وتبطل وصية الوارث**) لأنه أوصى بما يملك الإيصاء به وبما لا يملك فصح في الأول وبطل في الثاني، بخلاف ما إذا أوصى لحيّ وميت لأن الميت ليس بأهل للوصية فلا يصلح مزاحماً فيكون الكل للحيّ والوارث من أهلها ولهذا تصح بإجازة الورثة فافترقا، وعلى هذا إذا أوصى للقاتل وللأجنبي، وهذا بخلاف ما إذا أقرّ بعين أو دين لوراثه وللأجنبي حيث لا يصح في حق الأجنبي أيضاً، لأن الوصية إنشاء تصرّف والشركة تثبت حكماً له فتصح في حق من يستحقه منهما وأما الاقرار

فضلاً عن التحليف قوله: (**ومعنى جحودهم أن يقول الوارث لكل واحد بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك**) أقول: في ظاهر تعبير المصنف ها هنا فساد لأن هلاك حق كل واحد منهم إنما يتصوّر فيما إذا ضاع الأثواب الثلاثة معاً، والمفروض في وضع المسألة أن يضيع ثوب واحد منها غير معلوم الخصوصية، فكيف يصح أن يقول الوراث لكل واحد منهم الثوب الذي هو حقك قد هلك فإنه كذب ظاهر ينبغي أن يسمع أصلاً، فضلاً عن أن يترتب عليه حكم شرعي بل قوله لواحد منهم بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك يقتضي الاعتراف بكون الثوبين الباقيين لصاحبيه. والأولى في التعبير ما ذكره شرح الجامع الصغير سيما الصدر الشهيد والإمام قاضيخان وهو أن المراد بجحود الورثة أن يقولوا: حق واحد منكم بطل ولا ندري من بطل حقه ومن بقي حقه، فلا نسلم إليكم شيئاً. والذي يمكن في توجيه كلام المصنف أن يكون مراده معنى جحودهم أن يقول الوارث لكل واحد بعينه: الثوب الذي قد هلك يحتمل أن يقول حقك فكأنه تسامح في العبارة بناء على ظهور المراد، ووافقه صاحب الكافي في هاتيك العبارة مع ظهور ركاكتها قوله: (**ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع، وإنما المقصود الإفراز تكميلاً للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة**) قال صاحب العناية: فيه بحث، وهو أنه قال في كتاب القسمة: والإفراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات، ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض، وما نحن فيه من العروض فكيف كانت المبادلة فيه تابعة؟ وأجيب بأنه قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في العروض إلا أنها إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء وما نحن فيه كذلك، فكان معنى المبادلة فيه تابعاً كما ذكر ها هنا لأن الجبر لا يجري في المبادلة، ويكون معنى قوله هناك ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض إذا لم تكن من جنس واحد، وإلى هذا أشار بقوله: وإنما المقصود الإفراز تكميلاً للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه اهـ. وقد

باللفظ بقدر الإمكان) وقوله: (**ومن قال**) يعين لورثته (**عليّ لفلان دين فصدّقوه**) يصدق إلى الثلث استحساناً (**وفي القياس لا يصدق لأنه أقرّ بمجهول**) والإقرار بالمجهول وإن كان صحيحاً لكن إذا اقترن به من جهة المقرّ بيان وقد فات بموته، وقوله فصدقوه: يعني فيما قال لا يصلح بياناً لكونه (**صدر مخالفاً للشرع لأن المدعي لا يصدق إلا بحجة فتعذر إثباته إقراراً مطلقاً من كل وجه، فلا يعتبر. وجه الاستحسان أنا نعلم أن المقر قصد بهذا الكلام تقديمه على الورثة**) وهو مالك لذلك في الثلث وأمكن تنفيذه بطريق الوصية فينفذ. فإن قيل: لو كان قصده الوصية لصرح بها. أجاب بقوله: (**وقد يحتاج**) أي المقر (**إلى مثل هذا الكلام لعمله بأصل الحق الذي عليه دون مقداره سعياً منه في تفريغ ذمته فيجعلها**) أي هذه الوصية (**وصية جعل التقدير**

قال المصنف: (**ولأنه لو قبض الأجنبي شيئاً الخ**) أقول: ينبغي أن يتأمل أنه هل يمكن جعله دليلاً بلا ملاحظة الدليل الأول. قال المصنف: (**حتى يبطل الكل فلا يكون مفيداً**) أقول: لأنه لو صح في نصيب الأجنبي فما أخذ يأخذ الوراث نصفه منه لأنه أخذ بعض دين مشترك في زعمه فبطل ذلك النصف ويصير للورثة فيرجع الوراث ثانياً عليه بنصف ما بقي في يده لأنه لم يسلم له ما أخذ أولاً واستحق هكذا إلى أن بقي في يده فلس فلا يكون مفيداً في حق الأجنبي فافهم، إلا أن هذا التقرير لا يلائم ظاهر كلام المصنف ثم لا يزال يقبض فيبطل في ذلك القدر، لكن الأمر سهل قال المصنف: (**لأنه إما أن يكون وسطاً أو رديئاً ولا حق له فيهما**) أقول: ويحتمل أن يكون الجيد هو الجيد الأصلي قوله: (**فإذا كان حقه يتعلق الخ**) أقول: مثلاً يتعلق بالجيد حال كون الهالك أجود، ولا يتعلق به حال كونه وسطاً وحال كونه أردأ من الرديء، وقس عليه تعلقه بالرديء.

فإخبار عن كائن، وقد أخبر بوصف الشركة في الماضي، ولا وجه إلى إثباته بدون هذا الوصف لأنه خلاف ما أخبر به، ولا إلى إثبات الوصف لأنه يصير الوارث فيه شريكاً ولأنه لو قبض الأجنبي شيئاً كان للوارث أن يشاركه فيبطل في ذلك القدر ثم لا يزال يقبض ويشاركه الوارث حتى يبطل الكل فلا يكون مفيداً وفي الإنشاء حصة أحدهما ممتازة عن حصة الآخر بقاء وبطلاناً. قال: **(ومن كان له ثلاثة أثواب جيد ووسط ورديء فأوصى بكل واحد لرجل فضاع ثوب ولا يدري أيها هو والورثة تجحد ذلك فالوصية باطلة)** ومعنى جحودهم أن يقول الوارث لكل واحد منهم بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك فكان المستحق مجهولاً وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود فبطل. قال: **(إلا أن يسلم الورثة الثوبين الباقيين، فإن سلموا زال المانع وهو الجحود فيكون لصاحب الجيد ثلثا الثوب الأجود، ولصاحب الأوسط ثلث الجيد وثلث الأدون فثبت الأدون، ولصاحب الأدون ثلثا الثوب الأدون)** لأن صاحب الجيد لا حق له في الرديء بيقين، لأنه إما أن يكون وسطاً أو رديئاً ولا حق له فيهما، وصاحب الرديء لا حق له في الجيد الباقي بيقين، لأنه إما أن يكون جيداً أو وسطاً ولا حق له فيهما، ويحتمل أن يكون الرديء هو الرديء الأصلي فيعطي من محل الاحتمال، وإذا ذهب ثلثا الجيد وثلثا الأدون لم يبق إلا ثلث الجيد وثلث الرديء فيتعين حق صاحب الوسط فيه بعينه ضرورة. قال: **(وإذا كانت الدار بين رجلين فأوصى أحدهما ببيت بعينه لرجل فإنها تقسم، فإن وقع البيت في نصيب الموصي فهو للموصى له)** عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد نصفه

سبقه إلى أصل هذا السؤال والجواب صاحب النهاية. أقول: قد خبط الشارحان المزبوران في الجواب المذكور جداً حيث قصدا التوفيق بين كلامي المصنف في المقامين، ولكن خالفا صريح ما ذكره المصنف في كتاب القسمة وما أطبقا عليه مع سائر الشراح في بيان مراده هناك، فإن المصنف قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض: إلا أنها إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء لأن فيه معنى الإفراز لتقارب المقاصد. وقال: معنى المبادلة مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الديون، وقال ذلك الشارحان وسائر الشراح في شرح ذلك المقام لما ورد على قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض

فيها إلى الموصى له كأنه قال إذا جاءكم فلان وادّعى شيئاً فأعطوه من مالي ما شاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق إلى الثلث دون الزيادة) وقوله: **(فإن أوصى بوصايا غير ذلك الخ)** واضح، وحاصله أنه تصرف يشبه الإقرار لفظاً ويشبه الوصية تنفيذاً فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث، وباعتبار شبه الإقرار يجعل شائعاً في الأثلاث ولا يخصص بالثلث الذي لأصحاب الوصايا عملاً بالشبهين. وقوله: **(ومن أوصى لأجنبي ولوارثه)** ظاهر. وقوله: **(وهذا)** أي هذا الإيصاء **(بخلاف ما إذا أقرّ بعين أو دين لوارثه وللأجنبي حيث لا يصح في حق الأجنبي)** كما لا يصح في حق الوراث **(لأن الوصية إنشاء تصرف)** أي ابتداء تمليك من غير أن يكون بينهما شركة قبلها، والشركة إنما تثبت حكماً له عقيبه فحيث لم يُقع التمليك الذي هو السبب صحيحاً لا يثبت حكمه وهو الشركة فكان نصيب كل منهما مفرزاً عن نصيب الآخر بحسب صحة السبب وعدمها. وأما في الإقرار فسبب الشركة غيره وهو ما كان سببها قبلها، فإن الإقرار يقتضي سبق المخبر به وهو المال المشترك بينهما. وفي ذلك: أي في الإقرار بالمال المشترك إقرار للوارث على ما ذكر في الكتاب وهو باطل، ولا فرق في ذلك بين ما إذا تصادقا على ذلك أو جحد الأجنبي أو الوارث ذلك أو أنكراه جميعاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: إذا لم يتصادقا صح في حصة الأجنبي، لأن الوارث مقرّ ببطلان حقه وببطلان حق شريكه فيبطل في نصيبه ويثبت في نصيب الآخر، وقالا: إثباته مشتركاً هو المبطل وقد وجد. ولقائل أن يقول: هذا الإقرار بالنظر إلى الأجنبي صحيح، وبالنظر إلى الوراث غير صحيح، فما وجه ترجيح جهة الفساد بحيث تعدى إلى إبطال حق الغير؟ فالجواب أن وجه ذلك هو القاعدة المستمرة وهي أن اليقين لا يزول بالشك. وتقريره أن حصة كل منهما غير ممتازة عن غيرها، ففي كل جزء فرضته يشتركان فيثبت للأجنبي الملك فيه بالنظر إلى صحة الإقرار له ولا يثبت بالنظر إلى الوراث ولم يكن له ملك قبل الإقرار فلا يثبت بالشك. وقوله: **(بقاء وبطلاناً)** أي بقاء في حق الأجنبي وبطلاناً في حق الوراث يعني تبقى الوصية صحيحة في حق الأجنبي وتبطل في حق

للموصى له، وإن وقع في نصيب الآخر فللموصى له مثل درع البيت، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: مثل درع نصف البيت له أنه أوصى بملكه وبملك غيره، لأن الدار بجميع أجزائها مشتركة فينفذ الأول ويوقف الثاني، وهو أن ملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة لا تَنْفذ الوصية السالفة، كما إذا أوصى بملك الغير ثم اشتراه، ثم إذا اقتسموها ووقع البيت في نصيب الموصي تنفذ الوصية في عين الموصى به وهو نصف البيت، وإن وقع في نصيب صاحبه له مثل ذرع نصف البيت تنفيذاً للوصية في يد الموصى به عند فواته، كالجارية الموصى بها إذا قتلت خطأ تنفذ الوصية في بدلها، بخلاف ما إذا بيع العبد الموصى به حيث لا تتعلق الوصية بثمنه، لأن الوصية تبطل بالإقدام على البيع على ما بيناه ولا تبطل بالقسمة. ولهما أنه أوصى بما يستقرّ ملكه فيه بالقسمة لأن الظاهر أنه بقصد الإيصاء بملك منتفع به من كل وجه وذلك يكون بالقسمة، لأن الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقرّ ملكه في جميع البيت إذا وقع في نصيبه فتنفذ الوصية فيه، ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع، وإنما المقصود الإفراز تكميلاً للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه، وعلى اعتبار الإفراز يصير كأن البيت ملكه من الابتداء، وإن

أن يقال: لو كان معنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض لما أجبر القاضي على القسمة في ذلك. أجاب بقوله إلا أنها إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء لأن فيه معنى الإفراز لتقارب المقاصد. ولا منافاة بين الجبر والمبادلة، فإن المبادلة مما يجري فيه الجبر لدفع الضرر عن الغير، كما في قضاء الدين فإن المديون يجبر على قضاء الدين والديون تقضى بأمثالها فصار ما يؤدى بدلاً عما في ذمته اهـ. ولا يذهب على ذي مسكة أن مضمون الجواب المذكور هنا مما ينافي ذلك، والصواب في حلّ مراد المصنف بقوله هنا ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع على وجه يندفع عنه السؤال الذي تمحل الشارحان المزبوران لدفعه ما تمحلاه أن يقال: يعني أن معنى المبادلة وإن كان ظاهراً في غير المكيل والموزون إلا أنه يجعل ذلك المعنى في هذه القسمة تابعاً ويجعل معنى الإفراز فيها مقصوداً تصحيحاً لتصرف الموصي وقصده الذي هو تكميل المنفعة، فإن مبنى الوصية على المساهلة وسرعة الثبوت، وقد أفصح عن هذا المعنى الإمام قاضيخان حيث قال: ولهما أن القسمة فيما لا يكال ولا يوزن وإن كانت مبادلة من وجه حتى لا ينفرد أحدهما بالقسمة، ولو اشتريا داراً واقتسما لأحدهما أن يبيع نصيبه مرابحة على ما اشترى فهي إفراز حق بعض الأحكام؛ ألا يرى أنه يجبر عليها، ولو بنى أحدهما في نصيبه بعد القسمة بناء ثم استحق الأرض لا يرجع على شريكه بقيمة البناء ولا يثبت للشفيع الشفعة في القسمة، والمشري لو قاسم البائع لم يكن للشفيع نقضه، ولو كانت القسمة مبادلة من كل وجه لكانت الأحكام على عكسها فثبت أنها إفراز من وجه مبادلة من وجه فتجعل إفرازاً في حكم الوصية تصحيحاً للوصية لأن مبناها على المساهلة وسرعة

الوراث لامتياز حصة كل منهما عن حصة الآخر. قال: (**ومن كان له ثلاثة أثواب جيد ووسط ورديء الخ**) رجل له ثلاثة أثواب جيد ووسط ورديء تخرج من ثلث ماله وأوصى بكل ثوب منها لرجل بعينه ثم مات فهلك أحد الأثواب ولا يدري أيها هو وقالت الورثة لكل واحد منهم بعينه قد هلك الثوب الذي هو حقك كانت الوصية باطلة لكون المستحق مجهولاً وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود وهو إتمام غرض الموصي (**إلا أن تسلم لهم الورثة الثوبين الباقيين**) فإن المانع حينئذٍ قد زال فيقسم فيما بينهم على ما ذكر المصنف في الكتاب، وهو واضح إذا ابتدأ بتعليل جانب صاحب الجيد وصاحب الرديء، وإن ابتدأ بتعليل جانب صاحب الوسط فله وجه آخر، وهو أن يقال: الهالك إن كان أرفع من الباقيين فحق صاحب الوسط في الجيد منهما، وإن كان الهالك أردأ من الباقين فحق صاحب الوسط في الرديء منهما، فحقه يتعلق بهذا مرة وبذلك أخرى وإن كان الهالك هو الوسط فلا حق له في الباقيين، فإن كان حقه يتعلق بكل واحد من الباقيين في حال ولا يتعلق في حالين فيأخذ ثلث كل واحد فبقي صاحب الجيد وصاحب الرديء فصاحب الجيد يدعي الجيد ولا يدعي الرديء لأنه لا حق له فيه قطعاً وصاحب الرديء يدعي الرديء دون الجيد فيسلم ثلثا الجيد لصاحب الجيد وثلثاً الرديء لصاحب الرديء. وقوله: (**وإذا كانت الدار بين رجلين**) ظاهر إلى قوله ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع وأما قوله: (**هذا**) ففيه بحث وهو أنه قال في كتاب

وقع في نصيب الآخر تنفذ في قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه، إما لأنه عوضه كما ذكرناه، أو لأن مراد الموصي من ذكر البيت التقدير به تحصيلاً لمقصوده ما أمكن، إلا أنه يتعين البيت إذا وقع في نصيبه جمعاً بين الجهتين التقدير والتمليك، وإن وقع في نصيب الآخر عملنا بالتقدير، أو لأنه أراد التقدير على اعتبار أحد الوجهين والتمليك بعينه على اعتبار الوجه الآخر، كما إذا علق عتق الولد وطلاق المرأة بأوّل ولد تلده أمته، فالمراد في جزاء الطلاق مطلق الولد وفي العتق ولد حيّ ثم إذا وقع البيت في نصيب غير الموصي والدار مائة ذراع والبيت عشرة أذرع يقسم نصيبه بين الموصى به وبين الورثة على عشرة أسهم تسعة منها للورثة وسهم للموصى له، وهذا عند محمد فيضرب الموصى له بخمسة أذرع نصف البيت وهم بنصف الدار سوى البيت وهو خمسة وأربعون فيجعل كل

الثبوت ولهذا صحت الوصية بالمعدوم على خطر الوجود كالثمرة والغلة، وإذا جعلت القسمة إفرازاً ظهر أنه أوصى بما يملكه ا هـ. تدبر قوله: (**وإن وقع في نصيب الآخر تنفذ في قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه، إما لأنه عوضه كما ذكرناه**) يعني في الجارية الموصى بها كذا في العناية وغيرها: أقول: لقائل أن يقول: ليس قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه عوضه: أي عوض جميع ذلك البيت الواقع في نصيب الآخر، بل قدر ذرعان نصفه مما وقع في نصيبه عوض نصفه، ولا معاوضة في نصفه الآخر لأن الدار بجميع أجزائها كانت مشتركة بين الموصي وصاحبه فيكون ذلك البيت، وما وقع في نصيب الموصي مشتركين بينهما قبل القسمة فالمعاوضة بعد القسمة إنما تتصور بين نصف ذلك البيت الواقع في نصيب الآخر وبين قدر ذرعان نصفه مما وقع في نصيب الموصي، وأما نصفه الآخر وقدر ذرعان نصف ذلك مما وقع في نصيب الموصي فباقيان على حالتهما الأصلية في ملك الموصي وصاحبه. فلم يكن قوله إما لأنه عوضه صالحاً لأن يكون دليلاً مستقلاً في إفادة المطلوب ها هنا وهو أن يكون قدر ذرعان جميع البيت الموصى به ملكا للموصى له عندهما فيما وقع ذلك البيت في نصيب الآخر بدون ملاحظة أحد الدليلين الآتيين وتحرير المصنف يقتضي استقلاله فيها كما ترى فتأمل قوله: (**والفرق له أن الإقرار بملك الغير**

القسمة: والإفراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض، وما نحن فيه من العروض فكيف كانت المبادلة فيه تابعة؟ وأجيب بأنه قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في العروض إلا أنها إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء وما نحن فيه كذلك فكان معنى المبادلة فيه تابعاً كما ذكر ها هنا لأن الجبر لا يجري في المبادلة، ويكون معنى قوله هناك ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض إذا لم تكن من جنس واحد، وإلى هذا أشار بقوله: (**وإنما المقصود الإفراز تكميلاً للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه**) والباقي ظاهر. وقوله: (**إما لأنه عوضه كما ذكرناه**) يعني في الجارية الموصى بها. وقوله: (**أو لأنه أراد التقدير على اعتبار أحد الوجهين**) يعني في وقوعه في نصيب الشريك (**والتمليك بعينه على اعتبار الوجه الآخر**) يعني في وقوعه في نصيبه. وقوله: (**فتصير السهام أحد عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة**) فإن قيل: ينبغي أن يقسم نصيب الموصي بين الورثة والموصى له على خمسة أسهم سهم للموصى له وأربعة للورثة، لأنه لما صحت الوصية عندهما في عشرة أذرع بقي في حق الورثة في أربعين. قلنا: زعم الورثة أن حقهم في خمسة وأربعين وحق الموصى له في خمسة تمسكاً بمذهب محمد وزعم الموصى له أن حقه في عشرة وحق الورثة في أربعين فيعتبر زعم كل فريق، فجعلنا كل خمسة سهماً فصار الكل أحد عشر. وقوله: (**وقيل لا خلاف فيه لمحمد**) بل قوله في الإقرار كقولهما في الوصية والباقي ظاهر. قال: (**ومن أوصى من مال رجل لآخر بألف**) ومن أوصى من مال رجل لآخر بألف بعينها فلبغه فإما أن يجيز الوصية أو لا. فإن كان الثاني بطلت، وإن كان الأول جازت، فإن دفعها إلى الموصى له تمت، وإن لم يدفع فله أن يمنع وإن أجازها، لأن هذا تبرّع بمال الغير إلى آخر ما ذكر في الكتاب وهو واضح إلى قوله: (**فيكون مقرّاً بتقدمه فيقدم عليه**) فإن كان الدين مستغرقاً جميع نصيبه دفعه إليه كله والباقي ظاهر. وقوله: (**فلا يخرج عنها بالانفصال كما في البيع**) يعني تسري الوصية إلى الولد الحادث قبل القسمة كما يسري البيع إلى الولد الحادث قبل القبض وإذا سرت الوصية إلى الولد صار كأن الولد كان موجوداً فأوصى بهما وقيمتهما مثل نصف المال تنفذ الوصية في ثلثي كل واحد منهما كذلك ها هنا (**وله أن الأم أصل**) يعني في الوصية (**والولد تبع فيه**) أي في الوصية

خمسة سهماً فيصير عشرة، وعندهما يقسم على أحد عشر سهما لأن الموصى له يضرب بالعشرة وهم بخمسة وأربعين فتصير السهام أحد عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة، ولو كان مكان الوصية إقرار قيل هو على الخلاف، وقيل لا خلاف فيه لمحمد، والفرق له أن الإقرار بملك الغير صحيح. حتى أن من أقرّ بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم إلى المقرّ له، والوصية بملك الغير لا تصح، حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لا تصح وصيته ولا تنفذ. قال: **(ومن أوصى من مال رجل لآخر بألف بعينه فأجاز صاحب المال بعد موت الموصي فإن دفعه فهو جائز وله أن يمنع)** لأن هذا تبرّع الغير فيتوقف على إجازته، وإذا أجاز يكون تبرعاً منه أيضاً فله أن يمتنع من التسليم، بخلاف ما إذا أوصى بالزيادة على الثلث وأجازت الورثة لأن الوصية في مخرجها صحيحة لمصادفتها ملك نفسه والامتناع لحق الورثة، فإذا أجازوها سقط حقهم فتنفذ من جهة الموصي. قال: **(وإذا اقتسم اثنان تركة الأب ألفاً ثم أقرّ أحدهما لرجل أن الأب أوصى له بثلث ماله فإن المقرّ يعطيه ثلث ما في يده)** وهذا استحسان، والقياس أن يعطيه نصف ما في يده وهو قول زفر رحمه الله، لأن إقراره بالثلث له تضمن إقراره بمساواته إياه، والتسوية في إعطاء النصف ليبقى له النصف. وجه الاستحسان أنه أقرّ له بثلث شائع في التركة وهي في أيديهما فيكون مقراً بثلث ما في يده، بخلاف ما إذا أقر أحدهما بدين لغيره لأن الدين مقدم على الميراث فيكون مقراً بتقدمة فيقدم عليه، أما الموصى له بالثلث شريك الوارث فلا يسلم له شيء إلا أن يسلم للورثة مثلاه، ولأنه لو أخذ منه نصف ما في يده فربما يقرّ الابن الآخر به أيضاً فيأخذ نصف ما في يده فيصير نصف التركة فيزاد على الثلث. قال: **(ومن أوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصي ولداً وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له)** لأن الأم دخلت في الوصية أصالة والولد تبعاً حين كان متصلاً بالأم، فإن ولدت قبل القسمة والتركة قبلها مبقاة على ملك الميت حتى يقضي بها ديونه دخل في الوصية فيكونان للموصى له **(وإن لم يخرجا من الثلث ضرب بالثلث وأخذ ما يخصه منهما جميعاً في قول أبي يوسف ومحمد. وقال أبو حنيفة: يأخذ ذلك من الأم، فإن فضل شيء أخذه من الولد)**. وفي

صحيح حتى أن من أقرّ بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم إلى المقرّ له الخ) أقول: فيه كلام، وهو أن هذا الفرق إنما يتمشى في صورة إن وقع البيت بعد القسمة في نصيب الموصي، وأما في صورة إن وقع بعدها في نصيب الآخر فلا، لأن الموصي حينئذٍ كان مقراً بملك الغير لغيره ولم يصر مالكاً له بعد ذلك حتى يؤمر بتسليمه إلى المقرّ له. ومسألتنا تعم الصورتين فلا يتم التقريب قوله: **(وجه الاستحسان أنه أقرّ بثلث شائع في التركة وهي في أيديهما فيكون مقراً بثلث ما في يده)** قال صاحب التسهيل: أقول مضى في فصل إقرار المريض أن ابنه لو أقرّ بأخ فجحده

على تأويل الإيصاء، وإنما كانت الأم أصلاً لأن الإيجاب تناولها قصداً ثم سرى حكم الإيجاب إلى الولد، ولا مساواة بين الأصل والتبع فتنفذ الوصية بالأم ثم يكون له من الولد قدر ما بقي من الثلث، وتنفيذ الوصية في جميع الأم كان مستحقاً قبل الولادة فلا يعتبر بزيادة المال لأنه يؤدي إلى نقصها في بعض الأصل، وذلك لا يجوز لأن فيه إبطال الأصل بالتبع. وقوله:

قال المصنف: **(وعندهما يقسم على أحد عشر سهماً، لأن الموصى له يضرب بالعشرة وهم بخمسة وأربعين فتصير السهام أحد عشر)** أقول: قال الإتقاني: ولنا فيه نظر، لأنه على هذا التقدير كان ينبغي أن يكون نصيب شريك الموصي خمسة وأربعين ذراعاً فينقص إذن منه خمسة أذرع لأن نصيبه من جميع الدار خمسون ذراعاً كاملاً وقد نقص الخمسة فلا يجوز لأنه حينئذٍ يلزم تمليك الموصي ملك شريكه وليس له ذلك، وأيضاً إذا كان للموصى له سهمان من أحد عشر ينقص نصيبه لا محالة لأن سهمين من أحد عشر أقل من خمسة، وأيضاً يزاد حق الورثة أيضاً بسهم لأن لهم ما وراء قدر البيت من نصيب الموصي ونصيبه خمسون ذراعاً وربع للموصى له عشرة من نصيبه فبقي أربعون وهم أخذوا خمسة أخرى. وقال بعض المشايخ: يقسم نصيب الموصي بين الموصى له والورثة على خمسة أسهم أخرى عندهما، فالعشرة أذرع للموصى له وأربعون ذراعاً للورثة فيجعل كل عشرة سهماً، وهذه القسمة أصح عندي انتهى. هذا النظر يرد على تقدير الكافي وروداً ظاهراً قوله: **(وحق الموصي له في خمسة تمسكاً بمذهب محمد، وزعم الموصى له أن حقه في عشرة)** أقول: فيه بحث، فلم لم يعتبر زعمه تمسكاً بمذهب محمد إذا وقع البيت في نصيبه قال المصنف: **(والامتناع لحق الورثة)** أقول: وقد مر في

الجامع الصغير عين صورة وقال: رجل له ستمائة درهم وأمة تساوي ثلاثمائة درهم فأوصى بالجارية لرجل ثم مات فولدت ولداً يساوي ثلاثمائة درهم قبل القسمة فللموصى له الأم وثلث الولد عنده. وعندهما له ثلثا كل واحد منهما، لهما ما ذكرنا أن الولد دخل في الوصية تبعاً حالة الاتصال فلا يخرج عنها بالانفصال كما في البيع والعتق فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم الأم. وله أن الأم أصل والولد تبع والتبع لا يزاحم الأصل، فلو نفذنا الوصية فيهما جميعا تنتقض الوصية في بعض الأصل وذلك لا يجوز بخلاف البيع لأن تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي إلى نقضه في الأصل بل يبقى تاماً صحيحاً فيه، إلا أنه لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد إذا اتصل به القبض، ولكن الثمن تابع في البيع حتى ينعقد البيع بدون ذكره وإن كان فاسداً (**هذا إذا ولدت قبل القسمة، فإن ولدت بعد القسمة فهو للموصى له**) لأنه نماء خالص لتقرر ملكه فيه بعد القسمة.

أخوه الآخر دفع إليه المقرّ نصف نصيبه كما قال زفر رحمه الله تعالى هنا لأنه أقرّ بالمساواة. وعند مالك يدفع إليه ثلث نصيبه كما قلنا هنا نحن. والحاصل أننا عملنا هنا بأصل مالك ثمة وعمل زفر هنا بأصلنا ثمة، فلا بد للأئمة الحنفية من الفرق بين الإقرار والوصية أو الاتحاد، ويحتمل أن يكون في المسألة روايتان، إلى هنا لفظ التسهيل، وقصد بعض المتأخرين أن يجيب عنه فقال بعد نقل ذلك. قلت: الفرق بينهما بيّن فإن المساواة من اللوازم البينة للإخوة دون الوصية بالثلث فإنها ليست من لوازمها فضلا عن كونها بينة، فالإقرار بالأخ يتضمن الإقرار بالمساواة بخلاف الإقرار بالوصية فإنه يتضمن الإقرار بها اهـ. أقول: ليس هذا بشيء، فإن الذي من لوازم الإخوّة إنما هو المساواة في جملة التركة لا المساواة فيما في يد أحد الأخوين فقط كنصف التركة مثلاً، وإلا يلزم أن يكون حصة أحد الإخوة النصف وحصة مجموع الأخوين النصف، وهذا ظاهر البطلان، والمساواة في جملة التركة إنما تقتضي كون حصة الأخ المقرّ له ثلث ما في يد المقرّ لا نصفه كما فيما نحن فيه من الإقرار بوصية ثلث المال فورد ما قاله صاحب التسهيل من مطالبة الفرق بين المسألتين. ثم إن ذلك البعض دون الوصية بالثلث فإنها ليست من لوازمها فضلاً عن كونها بينة ليس بتام أيضاً. لأن المساواة إنما لا تكون من لوازم مطلق الوصية مع مطلق الورثة، وأما فيما نحن فيه فالمساواة لازمة قطعاً لانحصار الوارث في الابنين، وكون إقرار أحدهما بوصية المورّث لرجل بثلث ماله فلا بد من الفرق بين المسألتين بوجه آخر كما لا يخفى.

(**إلا أنه لا يقابله بعض العوض**) جواب عما يقال لا نسلم أن تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي إلى نقصه في الأصل فإن بعض الثمن لا يقابله شيء في ذلك وفيه نقض له بحصته. ووجهه أنه إنما لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد إذا اتصل به القبض، فإن العوض الواحد لا يقابل بعوضين لكن لا يوجب ذلك النقض في المبيع لأن الثمن تابع إلى آخر ما ذكره. وقوله: (**وإذا اتصل به القبض**) إنما قيد بذلك لأن مقابلة بعض الثمن بالولد إنما يكون أن لو كان مقبوضاً بالأصل، حتى لو هلك قبل القبض بآفة سماوية لا يقابله شيء من الثمن بل يأخذ الأم بجميع الثمن، والله أعلم.

أوائل كتاب الوصايا أن كل ما جاز بإجازة الورثة يتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا خلافاً للشافعي قال المصنف: (**أما الموصى له بالثلث شريك الوراث**) أقول: وكذا الأخ الذي أقر أحد الابنين بأخوته وأنكر الآخر شريك للوارث مع أنه يعطي له نصف ما في يد المقر كما سبق في آخر كتاب الإقرار فلا بد من الفرق قال المصنف: (**وإن لم يخرجا من الثلث ضرب بالثلث وأخذ ما يخصه منهما جميعاً**) أقول: الظاهر أنه بالحاء المهملة: أي ما يصير حصته منهما، يقال حصتي منه كذا: أي صار حصتي منه.

فصل في اعتبار حالة الوصية

قال: **(وإذا أقرّ المريض لامرأة بدين أو أوصى لها بشيء أو وهب لها ثم تزوّجها ثم مات جاز الإقرار وبطلت الوصية والهبة)** لأن الإقرار ملزم بنفسه وهي أجنبية عند صدوره، ولهذا يعتبر من جميع المال، ولا يبطل بالدين إذا كان في حالة الصحة أو في حالة المرض، إلا أن الثاني يؤخر عنه، بخلاف الوصية لأنها إيجاب عند الموت وهي

فصل في اعتبار حالة الوصية

لما ذكر الحكم الكلي في الوصية وهو الحكم الذي يتعلق بثلث المال ذكر في هذا الفصل أحكاماً تتعلق بالأحوال المتغيرة من وصف إلى وصف لما أن هذه الأحوال بمنزلة العوارض والأحكام المتعلقة بثلث المال بمنزلة الأصول، والأصل مقدم على العارض، كذا في الشروح قوله: **(وإذا أقرّ المريض لامرأة بدين أو أوصى لها بشيء أو وهب لها ثم تزوّجها ثم مات جاز الإقرار وبطلت الوصية والهبة)** قال صاحب النهاية: وهذا بناء على أن المعتبر في جواز الوصية وفسادها كون الموصى له وارثاً وغير وارث يوم الموت لا يوم الوصية، والمعتبر في فساد الإقرار وجوازه كون المقرّ له وارثاً للحال لأن الإقرار تمليك للحال، فمتى كان المقرّ له وارثاً يوم الإقرار لا يصح إقراره إذا كان المقرّ مريضاً اهـ. واقتفى أثره في هذا التقرير صاحب العناية. أقول: في عبارتهما خلل حيث قالا: لأن الإقرار تمليك للحال، مع أنهم قد صرحوا في كتاب الإقرار بأن الإقرار ليس بتمليك بل هو إظهار للمقرّ به، وقالوا: ولهذا لو أقر لغيره بالمال والمقر له يعلم أنه كاذب في إقراره لا يحل له أخذه، وفرعوا على ذلك مسائل كثيرة: منها أن المريض إذا أقرّ بجميع ماله لأجنبي صح إقراره ولا يتوقف على إجازة الورثة، ولو كان تمليكاً مبتدأ لم ينفذ إلا بقدر الثلث عند عدم إجازتهم، فحق العبارة أن يقال: لأن الإقرار تصرف في الحال كما قاله المصنف رحمه الله في أوائل كتاب الوصايا فتذكر قوله: **(وكذا لو كان الابن عبداً أو مكاتباً فأعتق لما ذكرنا)** قال صاحب النهاية والعناية في شرح هذا المقام: أي لا تصح الوصية والهبة لأن الوصية مضافة إلى وقت الموت، أما إذا أقرّ له بدين ثم أعتق قبل الموت لم يذكر هنا وذكر في كتاب الإقرار أنه لم يكن عليه: أي على العبد دين يصح اهـ. أقول: لا يخفى على ذي فطرة

فصل في اعتبار حالة الوصية

قال في النهاية: لما ذكر الحكم الكلي في الوصية وهو الحكم الذي يتعلق بثلث المال ذكر في هذا الفصل أحكاماً تتعلق بالأحوال المتغيرة من وصف إلى وصف لما أن هذه الأحوال بمنزلة العوارض والأحكام المتعلقة بثلث المال بمنزلة الأصول والأصلي مقدم على العارض. قوله: **(وإذا أقرّ المريض لامرأة)** واضح مبناه أن المعتبر في جواز الوصية وفسادها كون الموصى له وارثاً وغير وارث يوم الموت لا يوم الوصية، والمعتبر في فساد الإقرار وجوازه كون المقر له وارثاً للحال، لأن الإقرار تمليك للحال، فمتى كان المقرّ له وارثاً يوم الإقرار لا يصح إقراره إذا كان المقرّ مريضاً. وقوله: **(لأن الإقرار ملزم)** فيه تلويح إلى ردّ قول زفر، وهو أن الإقرار أيضاً باطل لأن إقرار المريض بمنزلة التمليك ولهذا يصح للوراث. ووجه ذلك أن الإقرار يثبت الحكم بنفسه من غير توقف على أمر زائد كالموت في باب الوصية. وقوله: **(إلا أن الثاني يؤخر عنه)** أي تنفيذ حكم الإقرار في حالة المرض يؤخر عن تنفيذ حكم الإقرار الذي في حالة الصحة **(بخلاف الوصية لأنه)** يعني الوصية بتأويل الإيصاء. قوله: **(وكذا لو كان الابن عبداً أو مكاتباً فأعتق)** يعني لا تصح الوصية والهبة لأن الوصية مضافة إلى وقت الموت، أما إذا أقرّ له بدين ثم أعتق قبل الموت لم يذكر ها هنا **(وذكر في كتاب الإقرار أنه إن لم يكن عليه)** أي على العبد **(دين**

فصل في اعتبار حالة الوصية

قوله: **(أما إذا أقر له بدين ثم أعتق قبل الموت لم يذكر ها هنا)** أقول: فيه بحث، فإن لفظ الجامع الصغير ها هنا هكذا على ما نقله الإتقاني. وقال في المريض أقر لابنه وهو نصراني بدين أو وهب له به فقبضها أو أوصى له وصية ثم أسلم الابن ثم مات الرجل قال ذلك كله باطل، وكذلك إن كان الابن عبداً فأعتق في هذا اهـ.

وارثة عند ذلك، ولا وصية للوارث، والهبة وإن كانت منجزة صورة فهي كالمضاف إلى ما بعد الموت حكماً لأن حكمها يتقرّر عند الموت؛ ألا ترى أنها تبطل بالدين المستغرق وعند عدم الدين تعتبر من الثلث. قال: **(وإذا أقرّ المريض لابنه بدين وابنه نصراني أو وهب له أو أوصى له فأسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله)** أما الهبة والوصية فلما قلنا إنه وارث عند الموت وهما إيجابان عنده أو بعده، والإقرار وإن كان ملزماً بنفسه ولكن سبب الإرث وهو البنوّة قائم وقت الإقرار فيعتبر في إيراث تهمة الإيثار، بخلاف ما تقدم لأن سبب الإرث الزوجية وهي طارئة حتى لو كانت الزوجية قائمة وقت الإقرار وهي نصرانية ثم أسلمت قبل موته لا يصح الإقرار لقيام السبب حال صدوره، وكذا لو كان الابن عبداً أو مكاتباً فأعتق لما ذكرنا وذكر في كتاب الإقرار إن لم يكن عليه دين يصح لأنه أقرّ لمولاه وهو أجنبي، وإن كان عليه دين لا يصح لأنه إقرار له وهو ابنه، والوصية باطلة لما ذكرنا أن المعتبر فيها وقت الموت. وأما الهبة فيروى أنها تصح لأنها تمليك الحال وهو رقيق، وفي عامة الروايات هي في مرض الموت بمنزلة الوصية فلا تصح قال: **(والمقعد والمفلوج والأشل والمسلول إذا تطاول ذلك ولم يخف منه الموت فهبته من جميع المال)** لأنه إذا تقادم العهد صار طبعاً من طباعه ولهذا لا يشتغل بالتداوي، ولو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث **(وإن وهب عند ما أصابه ذلك ومات من أيامه فهو من الثلث إذا صار صاحب فراش)** لأنه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت، والله أعلم.

سليمة أن ما ذهبا إليه في شرح هذا المقام مما يأباه سداد المعنى وانتظام الكلام. فإنهما حملا قول المصنف وكذا لو كان الابن عبداً أو مكاتباً على عدم صحة الوصية والهبة فقط، مع أن الظاهر من قوله المذكور عموم عدم الصحة للصور الثلاث المذكورة فيما قبل جميعاً وهي الإقرار والهبة والوصية، لأنه كان عاماً لها في المسألة السابقة. فانتظام إطلاق التشبيه في قوله وكذا لو كان الابن عبداً أو مكاتباً يقتضي العموم لها في هذه المسألة أيضاً سيما مع انضمام قوله ما ذكرنا إليها، فإن ما ذكره من قبل من الدليل يدل على عدم الصحة في الصورة الثلاث جميعاً بلا ريب. ثم إن قولهما أما إذا أقرّ له بدين ثم أعتق قبل الموت لم يذكر هنا، إن أراد بذلك أن صورة الإقرار لم تذكر هنا بعينها صراحة فهو مسلم لكن صورتا الوصية والهبة لم تذكرا هنا بعينهما صراحة بل اندرجتا في إشارة قوله وكذا لو كان الابن عبداً أو مكاتباً فأعتق فما معنى جعل هذه المسألة شاملة لصورتي الوصية والهبة دون صورة الإقرار، وإن أراد بذلك أن صورة الإقرار لم تذكر هنا أصلاً لا صراحة بعينها ولا اندراجاً في إطلاق إشارة شيء فهو ممنوع، فإن مسألتنا هذه مع ما قبلها من مسائل الجامع الصغير ولفظ الجامع الصغير هنا على ما نقل في غاية البيان هكذا: وقال في المريض أقرّ لابنه وهو نصراني بدين أو وهب له هبة فقبضها أو أوصى له وصية ثم أسلم الابن ثم مات الرجل قال ذلك كله باطل، وكذلك لو كان الابن عبدا فأعتق في هذا اهـ. ولا يذهب عليك أن صورة الإقرار وصورتي الوصية والهبة سيان في الاندراج تحت إطلاق إشارة قوله كذلك لو كان الابن عبداً فأعتق في هذا. فالحق أن مراد المصنف بقوله وكذا لو كان الابن عبدا أو مكاتباً فأعتق لما ذكرنا هو أنه يبطل الإقرار والهبة والوصية كلها في هذه المسألة أيضاً لدليل ما ذكرناه في المسألة السابقة، وأن مراده بقوله وذكر في كتاب الإقرار إلى قوله والمقعد بيان في صورة الإقرار رواية للصحة أيضاً، وكذا في صورة الهبة، وأما في صورة الوصية فلا رواية للصحة أصلاً تبصر ترشد.

يصح) إلى آخر ما ذكر في الكتاب. وقوله: **(والمقعد والمفلوج)** المقعد من لا يقدر على القيام والمفلوج من ذهب نصفه وبطل عن الحس والحركة **(والأشل)** من شلت يده **(والمسلول)** هو الذي به مرض السل، وهو عبارة عن اجتماع المرة في الصدر ونفثها. وقوله: **(صار طبعاً من طباعه)** يعني خرج من أن يكون مريضاً مرض الموت فيعتبر تصرفه من جميع المال **(فلو صار بعد ذلك صاحب فراش فهو كمرض حادث)** فيعتبر فيه تصرفه من الثلث كما لو تصرف عندما أصابه ذلك وصار صاحب فراش ومات من أيامه **(لأنه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت، والله أعلم)**.

باب العتق في مرض الموت

قال: ومن أعتق في مرضه عبداً أو باع وحابى أو وهب فذلك كلة جائز وهو معتبر من الثلث، ويضرب به مع أصحاب الوصايا. وفي بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز، والمراد الاعتبار من الثلث والضرب مع أصحاب الوصايا لا حقيقة الوصية لأنها إيجاب بعد الموت وهذا منجز غير مضاف، واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة،

باب العتق في مرض الموت

قال جمهور الشراح: الإعتاق في المرض من أنواع الوصية، لكن لما كان له أحكام مخصوصة أفرده بباب على حدة، وأخّره عن صريح الوصية لأن الصريح هو الأصل اهـ. أقول فيه فتور، لأن الإعتاق في المرض ليس من أنواع الوصية بل هو أمر مغاير للوصية حقيقة، فإن الوصية إيجاب بعد الموت وهذا منجز غير مضاف كما سيصرح به المصنف رحمه الله فكيف يكون هذا من أنواع الوصية؟ نعم إنه في حكم الوصية إذا وجد في مرض الموت حيث يعتبر من الثلث لا من جميع المال كما سيأتي أيضاً في الكتاب، فالوجه أن يقال: لما كان الإعتاق في المرض أمراً يغاير حقيقة الوصية ولكن كان في حكمها أفرده بباب على حدة وأخّره عن حقيقة الوصية لكونها هي الأصل قوله: **(وفي بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز)** أقول: في عبارة المصنف هنا تسامح، فإن قوله جائز في النسخة الأولى محمول في الكلام، وقوله فهو وصية في هذه النسخة موضوع ومحمول فكيف يكون الثاني مكان الأول، فالظاهر أن يقال مكان قوله فذلك كله جائز قوله: **(وإنما قدم العتق الذي ذكرناه آنفاً لأنه أقوى، فإنه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وغيره يلحقه الفسخ، وكذلك المحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي)** أقول: في هذا التحرير قصور بل خلل. أما أوّلاً فلأن قيد من جهة الموصي في قوله فإنه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي حشو مفسد لأنه يدل بطريق مفهوم المخالفة المعتبر عندنا أيضاً في الروايات، كما صرحوا به على أن يلحقه من الفسخ من جهة غير الموصي كما في المحاباة مع أن الفسخ لا يلحق العتق من جهة أحد أصلا وإن لحق المحاباة من جهة غير الموصي وهو المشتري. وأما ثانياً فلأن قوله وغيره يلحقه الفسخ يوهم بإطلاقه أن يلحق الفسخ المحاباة أيضاً من جهة الموصي مع أنه قال وكذا المحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي. فالحق في تحرير هذا المقام أن يقال: فإنه لا يلحقه الفسخ أصلاً والمحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي وأما غيرهما فيلحقه الفسخ من جهة

باب الإعتاق في مرض الموت

الإعتاق في المرض من أنواع الوصية، لكن لما كان له أحكام مخصوصة أفرده بباب على حدة، وأخرّه عن صريح الوصية لأن الصريح هو الأصل. قال: **(ومن أعتق عبداً في مرضه)** كلامه واضح. وقوله: **(والمراد الاعتبار من الثلث)** أي المراد بقوله فهو وصية الاعتبار من الثلث لا حقيقة الوصية، لأن الوصية عبارة عما أوجبه الموصي في ماله بعد موته متطوّعاً. وقوله: **(كالضمان والكفالة)** غاير بينهما بالعطف لأن الضمان أعم من الكفالة، فإن من الضمان مالاً يكون كفالة بأن قال لأجنبي خالع امرأتك على ألف على أني ضامن، وكذا لو قال بع هذا العبد بألف على أني ضامن لك بخمسمائة من الثمن سوى الألف، فإن بدل الخلع يكون على الأجنبي لا على المرأة، والخمسمائة على الضامن دون المشتري. وقوله: **(وما نفذه من التصرف)** أي نجزه في الحال ولم يضفه إلى ما بعد الموت **(فالمعتبر فيه حالة العقد، فإن كان صحيحاً فهو من جميع المال، وإن كان مريضاً فهو من الثلث، وكل مرض صح منه فهو كحال للصحة لأنه بالبرء تبين أنه لا حق لأحد في ماله)** وقوله: **(فإن حابي ثم أعتق)** صورته رجل باع في مرضه عبداً يساوي ألفين من رجل ألف وأعتق عبداً يساوي ألفاً ولا مال له

باب العتق في مرض الموت

قال المصنف: **(ويضرب به مع أصحاب الوصايا)** أقول: الأظهر أن يقال: يشرب كل من هؤلاء بحكم كل من العتق والمحاباة والهبة مع أصحاب الوصايا: أي في الثلث قال المصنف: **(لأنها إيجاب بعد الموت)** أقول: قياس من الشكل الثاني.

وكذلك ما ابتدأ المريض إيحابه على نفسه كالضمان والكفالة في حكم الوصية لأنه يتهم فيه كما في الهبة، وكل ما أوجبه بعد الموت فهو من الثلث، وإن أوجبه في حال صحته اعتباراً بحالة الإضافة دون حالة العقد، وما نفذه من التصرف فالمعتبر فيه حالة العقد، فإن كان صحيحاً فهو من جميع المال وإن كان مريضاً فمن الثلث، وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة لأن بالبرء تبين أنه لا حق في ماله. قال: **(وإن حابى ثم أعتق وضاق الثلث عنهما فالمحاباة أولى عند أبي حنيفة، وإن أعتق ثم حابى فهما سواء، وقالا: العتق أولى في المسألتين)** والأصل فيه أن الوصايا إذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل من أصحابها يضرب بجميع وصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض إلا العتق الموقع في المرض، والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح والمحاباة في البيع إذا وقعت في المرض لأن الوصايا قد تساوت، والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق، وإنما قدم العتق الذي ذكرناه آنفاً لأنه أقوى فإنه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي، وغيره يلحقه. وكذلك المحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي، وإذا تقدم ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوي فيه من سواهما من أهل الوصايا، ولا يقدم البعض على البعض. لهما في الخلافية أن العتق أقوى لأنه لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها،

الموصي وغير الموصي أيضاً. ثم إن كثيراً من الشراح منهم صاحب العناية قالوا في تفسير قول المصنف هنا وغيره يلحقه الفسخ: أي غير العتق الموقع يلحقه الفسخ كالوصية بالعتق والوصية بالمال ا هـ. أقول: ليس ذلك بسديد، فإن العتق المعلق غير العتق الموقع ولهذا عطفه المصنف عليه فيما قبل حيث قال: إن العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح مع أنه لا يخفى أن العتق المعلق أيضاً لا يلحقه الفسخ عندنا. فالحق أن يقال في تفسير قوله وغيره يلحقه الفسخ: أي غير العتق الذي ذكرناه آنفاً وهو العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي فحينئذٍ يستقيم المعنى جداً لا يخفى، واللفظ أيضاً يساعده لا محالة، فإن العتق الذي ذكره يعم العتق الموقع والمعلق كما ترى قوله: **(وإذا قدم ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوي فيه من سواهما من أهل الوصايا)** قال صاحب النهاية في تفسير قوله يستوي فيه من سواهما: أي سوى العتق والمحاباة، واقتفى أثره صاحب العناية. أقول: فيه سماجة ظاهرة، فإن كلمة من في قوله من سواهما تأبى هذا التفسر جداً كما لا يخفى، وكذا قوله من أهل الوصايا بعد قوله من سواهما ينافي ذلك كما ترى. فالوجه في تفسير ذلك أن يقال: أي سوى المعتق والذي حوبي له أو سوى أهل العتق والمحاباة. نعم يمكن تقدير المضاف في تفسير الشارحين المزبورين وهو لفظ الأهل أو لفظ الصاحب لكنه خلاف الظاهر في مقام التفسير، إذ المقصود من التفسير الكشف والبيان لا الإخفاء والتعمية، فبقيت السماجة في تفسيرها المذكور لا محالة قوله: **(لهما في الخلافية)** قال صاحب العناية: في بيان الخلافية: وهي التي قدم فيها المحاباة على العتق وتبعه العيني. أقول: هذا شرح فاسد، لأن الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه في كلتا المسألتين المذكورتين وهما التي قدم فيها المحاباة على العتق والتي قدم فيها العتق على

سواهما **(فالمحاباة أولى)** وإن ابتدأ بالعتق تحاصا فيه **(عند أبي حنيفة)** ففي الأول يسلم العبد للمشتري بألف، ولم يبق من الثلث شيء إلا أن العتق لا يمكن ردّه فيسعى العبد في قيمته للورثة، وفي الثانية يتحاصان في مقدار الثلث وقالا: **(العتق أولى)** سواء قدم المحاباة أو أخرها فيعتق العبد مجاناً لأن قيمته بقدر الثلث، ويخير المشتري إن شاء نقض البيع ورد العبد لما لزمه من الزيادة في الثمن من غير رضاه، وإن شاء أمضى العقد وأدّى كمال قيمة العبد ألفي درهم والأصل المذكور في الكتاب ظاهر. وقوله: **(إلا العتق الموقع)** أي المنجز لا المفوّض إلى أعتاق الورثة مثل أن يقول أعتقوه أو يوصي بعتقه بعد موته مستثنى من قوله لا يقدم، وقوله: **(كالتدبير الصحيح)** احتراز عن الفاسد منه مثل أن يقول أنت حرّ بعد موتي بيوم كما سيجيء. وقوله: **(والمحاباة في البيع)** بالرفع معطوف على قوله إلا العتق الموقع. وقوله: **(وغيره يلحقه)** أي غير العتق الموقع يلحقه الفسخ كالوصية بالعتق والوصية بالمال. وقوله: **(يستوي فيه من سواهما)** أي سوى العتق والمحابة. وقوله: **(لهما في الخلافة)** وهي التي قدم فيها المحابة على العتق وقوله: **(لا يوجب التقدّم في الثبوت)** ألا ترى أنه إذا أوصى بثلث

ولا معتبر بالتقديم الذكر لأنه لا يوجب التقدم في الثبوت. وله أن المحاباة أقوى، لأنها تثبت في ضمن عقد المعاوضة فكان تبرعاً بمعناه لا بصيغته، والإعتاق تبرّع صيغة ومعنى، فإذا وجدت المحاباة أوّلاً دفع الأضعف، وإذا

المحاباة والدليل المذكور من قبلهما، وكذا الدليل المذكور من قبله يتمشيان في تينك المسألتين معاً فلا كلفة كما لا يخفى على ذي مسكة، فلا وجه لتفسير الخلافية هنا بما يخص المسألة الأولى منهما، والصواب في بيانها أن يقال: وهي التي اجتمع فيها العتق والمحاباة سواء قدم العتق على المحاباة أو قدمت المحاباة على العتق قوله: **(ولا معتبر بالتقديم في الذكر لأنه لا يوجب التقدم في الثبوت)** قال في العناية: ألا يرى أنه إذا أوصى بثلث ماله لفلان ولفلان ولفلان كان بينهم أثلاثاً وصل أو فصل ولا عبرة للبداءة فكذلك ها هنا اهـ، وهكذا ذكر في النهاية ومعراج الدراية نقلاً عن الأسرار. أقول: لقائل أن يقول: حكم الإيصاء في صورة التنوير نازل وقت موت الموصي في حق كل واحد منهم، لأن الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت فكان فيها معنى التعليق، والحكم في التعليقات ينزل عند وجود الشرط وزمان تحقق الشرط الذي هو الموت في حق كل واحد منهم في صورة التنوير زمان واحد فلهذا كان الثلث الموصى به لهم بينهم أثلاثاً، بخلاف ما نحن فيه فإن العتق الموقع في المرض منجز غير مضاف إلى ما بعد الموت، وكذا المحاباة في البيع إذا وقعت في المرض والمنجز يوجب الحكم في الحال لا محالة فينبغي أن يثبت الحكم في المقدم في الذكر قبل أن يثبت في المؤخر فيه فافترقت الصورتان فتأمل قوله: **(وعلى هذا قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: إذا حابى ثم أعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما، ثم ما أصاب المحاباة الأخيرة قسم بينها وبين العتق لأن العتق عليها فيستويان)** قال في العناية: فيه بحث، وهو أن يقال: المحاباة الأولى مساوية للمحاباة الثانية، والمحاباة الثانية مساوية للعتق المتقدم عليها، فالمحاباة الأولى مساوية للعتق المتأخر عنها وهو يناقض الدليل المذكور من جانب أبي حنيفة رحمه الله تعالى. وأيضاً لو حابى ثم حابى ولم يخرج من الثلث تحاصا، وما ذكرتم من أن التقديم يقتضي الترجيح يستدعي أن ينفذ الأولى ثم الثانية. والجواب عن الأول أن شرط الإنتاج أن يلزم النتيجة القياس لذاته، وقياس المساواة ليس كذلك عرف في موضعه. وعن الثاني أنه إنما تحاصا لأن ما يحتمل النقض من تبرّعات المريض ينفذ ثم ينقض إذا لم يخرج من الثلث، وإذا كان كذلك نفذناه جميعاً ثم نقضناه بعد الموت وثبت لهما بحكم الوصية وهما نافذتان فاستويا كذا في النهاية، إلى هنا لفظ العناية. أقول: فيه نظر من وجوه: الأول أن السؤال الثاني غير متجه على كلام المصنف أصلاً، إذ لم يقل المصنف قط إن التقديم مطلقاً يقتضي الترجيح، بل إنما قال إن تقديم الأقوى يقتضي الترجيح كما في تقديم المحاباة على الإعتاق لكون

ماله لفلان ولفلان ولفلان كان بينهم أثلاثاً وصل أو فصل ولا عبرة بالبداءة فكذلك ها هنا وقوله: **(لأنها تثبت في ضمن عقد المعاوضة)** يعني وبالمرض لا يلحقه الحجر عنها **(فكان تبرعاً بمعناه لا بصيغته، والإعتاق تبرع صيغة ومعنى)** لأنه لم يثبت في ضمن المعاوضة وبالمرّض يلحقه الحجر عنه. وقوله: **(قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما، ثم ما أصاب المحاباة الأخيرة قسم بينها وبين العتق لأن العتق مقدم عليها فيتسويان)** فيه بحث، وهو أن يقال: المحاباة الأولى مساوية للمحاباة الثانية، والمحاباة الثانية مساوية للعتق المتقدم عليها، فالمحاباة الأولى مساوية للعتق المتأخر عنها، وهو يناقض الدليل المذكور من جانب أبي حنيفة، وأيضاً لو حابى ثم حابى ولم يخرج من الثلث تحاصا، وما ذكرتم من أن التقديم يقتضي الترجيح يستدعي أن تنفذ الأولى ثم الثانية. والجواب عن الأوّل أن شرط الإنتاج أن يلزم النتيجة القياس لذاته، وقياس المساواة ليس كذلك عرف في موضعه. وعن الثاني بأنه إنما تحاصا لأن ما يحتمل النقض من تبرّعات المريض ينفذ ثم ينقض

قوله: **(وغيره يلحقه: أي غير العتق الموقع)** أقول: فيه أن الظاهر أن يقول: أي غير ما ذكرنا من العتق الموقع والعتق المعلق، وتعميم الموقع بهما خلاف الظاهر. قوله: **(يستوي فيه من سواهما: أي سوى العتق والمحاباة)** أقول: فيه شيء، فإن لفظة من تأبى هذا التفسير قوله: **(وهي التي قدم الخ)** أقول: فيه شيء، فإن الظاهر التعميم للمسألتين.

وجد العتق أوّلاً وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة، وعلى هذا قال أبو حنيفة رحمه الله: إذا حابى ثم أعتق ثم حابى قسم الثلث المحاباتين نصفين لتساويهما، ثم ما أصاب المحاباة الأخيرة قسم بينها وبين العتق لأن العتق مقدم عليها فيستويان، ولو أعتق ثم حابى ثم أعتق قسم الثلث بين العتق الأول والمحاباة نصفين، وما أصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني، وعندهما العتق أولى بكل حال. قال: **(ومن أوصى بأن يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم يعتق عنه بما بقي عند أبي حنيفة رحمه الله، وإن كانت وصيته بحجة يحج عنه بما بقي من حيث يبلغ، وإن لم يهلك منها وبقي شيء من الحجة يردّ على الورثة، وقالا: يعتق عنه بما بقي)** لأنه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما أمكن اعتباراً بالوصية بالحج، وله أنه وصية بالعتق لعبد يشتري بمائة وتنفيذها فيمن يشتري بأقل منه تنفيذ فغير الموصى له، وذلك لا يجوز، بخلاف الوصية بالحج لأنها قربة محضة وهي حق الله

المقدم إذ ذاك دافعاً للأضعف المؤخر، وأما تقديم غير الأقوى فلا يقتضي الترجيح لعدم احتماله دفع المؤخر الاقوى كما في تقديم العتق على المحاباة، ولا دفع المؤخر المساوي كما في تقديم إحدى المحاباتين على الأخرى على ما هو المذكور في السؤال الثاني فلا اتجاه له أصلاً على ما ذكره المصنف، والثاني أن الجواب المذكور عن السؤال الأول ليس بسديد، لأن لزوم النتيجة القياس لذاته إنما هو شرط الانتاج مطلقاً لا شرط الإنتاج في الجملة، فإنهم مصرحون في علم الميزان بأن قياس المساواة وإن لم يستلزم النتيجة لذاته إلا أنه يستلزمها بواسطة مقدمة غريبة إذا صدقت تلك المقدمة كما في قولنا «أ» مساو لـ«ب» و«ب» مساو لـ«ج» فإنه ينتج، ويستلزم «أ» مساو لـ«ج» بواسطة مقدمة غريبة صادقة وهي أن كل مساوي المساوي مساو، والسؤال الأول بمثل هذه الصورة فلا يدفعه عدم استلزامه النتيجة لذاته كما لا

إذا لم يخرج من الثلث، وإذا كان كذلك نفذناه جميعاً ثم نقضناه بعد الموت ويثبت لهما بحكم الوصية وهما نافذتان فاتسويا، كذا في النهاية. وقوله: **(قسم الثلث بين العتق الأول والمحاباة، وما أصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني)** فإن قلت: لم لم يقسم بين العتق والعتق ثم بين العتق الثاني والمحاباة؟ قلت: لا يستقيم لأن المحاباة مقدمة على العتق الثاني فلا يكون مساوياً لها، والعتق الأول مقدم على المحاباة فيزاحمها في الثلث، ثم ما أصاب العتق الأول شاركه فيه العتق الآخر للمجانسة والمساواة بينهما، فإن قيل: كيف يستقيم هذا ولم يصل إلى صاحب المحاباة كمال حقه كان ينبغي أن يستردّ صاحب المحاباة ما أخذ صاحب العتق الثاني، لأن حق صاحب المحاباة مقدم على صاحب العتق الثاني كما لو كانا وليس معهما عتق آخر وتقدمت المحاباة. أجيب بأنه لو استردّ ذلك منه لاستردّ منه صاحب العتق الأول، لأن حق العتق الأول وحق المحاباة سواء في الثلث فيؤدي إلى الدور، وإن نقض صاحب المحاباة البيع لما لزمه من زيادة الثمن كان الثلث بين المعتقين نصفين لاستواء حقهما. قال: **(وإن أوصى بأن يعتق عنه بهذه المائة عبد)** كلامه واضح. وقوله: **(وبقي شيء من الحجة يردّ على الورثة)** قال الإمام الكناني: إلا أن يكون الموصي جعل الفضل للذي حج عنه فيكون له. وقوله: **(وهذا أشبه)** يعني إلى الصواب لأنه ثبت بالدليل أنه حق العبد عنده فيحلف المستحق إذا هلك منه شيء، وتبطل الوصية وتردّ المائة إلى ورثته. وقوله: **(ومن أوصى بعتق عبده)** أي بإعتاق عبده. وقوله: **(لأنه يتلقى الملك من جهته)** أي لأن الموصى له يتلقى الملك من جهة الموصى **(إلا أن**

قوله: **(وقوله لأنها تثبت في ضمن عقد المعاوضة: يعني وبالمرض لا يلحقه الحجر عنها)** أقول: ضمير عنها راجع إلى المعاوضة قوله: **(فكان تبرعاً بمعناه)** أقول تذكير الضمير الراجع إلى المحاباة إما باعتبار الخبر أو لكون بمعنى أن مع الفعل، أو على تأويل ما ذكر قال المصنف: **(وهو لا يحتمل الدفع)** أقول: لكون المحاباة أقوى منه قوله: **(وهو يناقض الدليل المذكور)** أقول: أي ثبت نقيض ما أثبته قال المصنف: **(ثم أصاب المحاباة الأخيرة قسم بينها وبين العتق)** أقول: قال في الكافي: فإن قيل: ينبغي أن يكون تمام الثلث للمحاباة الأولى عنده، لأن المحاباة الثانية مساوية للعتق، والمحاباة الأولى مرجحة على العتق، والمساوي للمرجوح مرجوح، وكذا في المسألة التي قبلها ينبغي أن لا يشارك العتق الثاني الأول عنده، لأن العتق الأول يساوي المحاباة، والمحاباة راجحة على العتق الثاني، والمساوي للراجح راجح، قلنا: لا يترجح العتق على العتق والمحاباة على المحاباة بالإجماع إذا لم يكن الغير متخللاً، وكذا إذا تخلل الغير اهـ. وذكر المسألتين فيه على عكس ترتيب الهداية قوله: **(وما ذكرتم من أن التقديم يقتضي الترجيح)** أقول: لم يذكر ذلك صريحاً. نعم يجوز

تعالى والمستحق لم يتبدّل فصار كما إذا أوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع الباقي إليه، وقيل هذه المسألة بناء على أصل آخر مختلف فيه وهو أن العتق حق الله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق، وعنده حق العبد حتى لا تقبل البينة عليه من غير دعوى، فاختلف المستحق وهذا أشبه. قال: **(ومن ترك ابنين ومائة درهم وعبداً قيمته مائة درهم وقد كان أعتقه في مرضه فأجاز الوارثان ذلك لم يسع في شيء لأن العتق في مرض الموت وإن كان في حكم الوصية وقد وقعت بأكثر من الثلث إلا أنها تجوز بإجازة الورثة)**، لأن الامتناع لحقهم وقد أسقطوه. قال: **(ومن أوصى بعتق عبده ثم مات فجنى جناية ودفع بها بطلت الوصية)** لأن الدفع قد صح لما أن حق وليّ الجناية مقدم على حق الموصي، فكذلك على حق الموصى له لأنه يتلقى الملك من جهته إلا أن ملكه فيه باق، وإنما يزول بالدفع فإذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما إذا باعه الموصي أو وارثه بعد موته، فإن فداه الورثة كان الفداء في مالهم لأنهم هم الذي التزموه، وجازت الوصية لأن العبد طهر عن الجناية بالفداء كأنه لم يجن فتنفذ الوصية، قال: **(ومن أوصى بثلث ماله لآخر فأقرّ الوصي له والوراث أن الميت أعتق هذا العبد فقال الموصى له أعتقه في الصحة وقال الوارث أعتقه في المرض فالقول قول الوارث، ولا شيء للموصى له إلا أن يفضل**

يخفى. والثالث أن الجواب المذكور عن السؤال الثاني مما لا حاصل له، فإنه إن أريد أن بتنفيذ المحاباتين جميعاً ثم بنقضهما بعد الموت يرتفع تقدم إحداهما على الأخرى فذلك أمر لا يساعده العقل، وإن أريد به أن التقدم والتأخر بينهما باقيان ولكن لا تأثير لهما في ترجيح المقدم على المؤخر في هاتيك الصورة فذلك لا يدفع ذلك السؤال المبني على كون ما ذكره المصنف أن التقديم يقتضي الترجيح مطلقاً. فالصواب في رد السؤال الثاني ما نبهنا عليه آنفاً من أن الذي الذي ذكر في الكتاب أن تقديم الأقوى يقتضي الترجيح، لا أن التقديم مطلقاً يقتضي ذلك فلا اتجاه لذلك السؤال. وفي دفع السؤال الأول ما ذكره صاحب معراج الدراية نقلاً عن الفوائد الحميدية حيث قال: فإن قيل ينبغي أن يقسم الثلث بين الكل أثلاثاً لأن المحاباة الثانية مساوية للأولى والعتق مساو للمحاباة الثانية فكان مساوياً للأولى لأن المساوي للمساوي مساو. قلنا: العتق مساو للثانية بمعنى يخصه وهو تقدمه عليها فلا يساوي الأولى، وبهذا

ملكه) أي ملك الموصي **(باق)** فيه لحاجته حتى لو كان العبد ذا رحم محرم من الورثة لم يعتق عليهم لما بينا أن ملك الميت فيه باق بعد لحاجته **(وإنما يزول)** ملكه **(بالدفع فإذا خرج به)** أي بالدفع عن ملكه بطلت الوصية، كما إذا باعه الموصي أو وارثه بعد وفاته بسبب الدين **(فإن فداه الورثة كان الفداء في أموالهم)** أي كانوا متبرّعين فيما فدوه به. وقوله: **(ومن أوصى بثلث ماله لآخر)** واضح. وقوله: **(وإن كان على المعتق دين)** يعني أن من أعتق عبداً في صحته ثم مات وعليه دين لم يسع العبد في شيء، وهذا لأن الإقرار بهذين الأمرين في حالة المرض إنما يمنع أحدهما الآخر أن لو كان أحدهما متأخراً عن الآخر فيمنع المتقدم المتأخر، وها هنا لما حصلا معاً بتصديق واحد بقوله صدقتما جعل كأن الأمرين كانا وثبتا بالبينة فيثبتان معاً كذلك **(وله أن الإقرار بالدين)** أي ولأبي حنيفة وجهان: أحدهما أن الإقرار بالدين أقوى على ما ذكر. والثاني أن العتق لا

أن يفهم من قوله والعتق مقدم عليه فيستويان، فإن التقدم إذا كان سبباً لمساواة المرجوح للراجح يكون سبباً أيضاً لرجحان المساوي. والجواب أن سببية التقدم لمساواة المرجوح من حيث أنه لا يحتمل دفع المتأخر فتثبت المزاحمة ضرورة، وأحد المتساويين إذا تقدم لا يحتمل دفع الآخر أيضاً لأنه ليس أقوى منه فتثبت المزاحمة أيضاً، ولعل هذا الجواب أولى مما ذكر في الشرح قوله: **(والجواب عن الأول أن شرط الإنتاج أن يلزم النتيجة القياس لذاته، وقياس المساواة ليس كذلك عرف في موضعه)** أقول: فيه تأمل، فإنهم صرحوا بأنه متى صدقت المقدمة الأجنبية التي نسبتها تنتج قياس المساواة لزمه النتيجة وهي ها هنا قولنا مساوي المساوي مساو وهم صرحوا بصدقها، ويجوز أن يقال ذلك في المساواة الحسية فليتأمل قوله: **(أجيب بأنه لو استرد ذلك منه لاسترد منه الخ)** أقول: يعني نصف ما أخذ قوله: **(فيؤدي إلى الدور)** أقول: لأنه يسترد منه أيضاً صاحب العتق الثاني للتجانس قوله: **(وقوله وهذا أشبه: يعني إلى الصواب)** أقول: الظاهر تبديل «إلى» بالباء قوله: **(لأنه ثبت بالدليل أنه حق العبد)** أقول: فيه بحث.

من الثلث شيء أو تقوم له البينة أو العتق في الصحة) لأن الموصى له يدّعي استحقاق ثلث ما بقي من التركة بعد العتق لأن العتق في الصحة ليس بوصية ولهذا ينفذ من جميع المال، والورثة ينكر لأن مدّعاه العتق في المرض وهو وصية، والعتق في المرض مقدم على الوصية بثلث المال فكان منكراً، والقول قول المنكر مع اليمين، ولأن العتق حادث والحوادث تضاف إلى أقرب الأوقات للتيقن بها فكان الظاهر شاهداً للوارث فيكون القول قوله مع اليمين، إلا أن يفضل شيء من الثلث على قيمة العبد لأنه لا مزاحم له فيه أو تقوم له البينة أن العتق في الصحة لأن الثابت بالبينة كالثابت معاينة وهو خصم في إقامتها لإثبات حقه. قال: **(ومن ترك عبداً فقال للوارث أعتقني أبوك في الصحة وقال رجل لي على أبيك ألف درهم فقال صدقتما فإن العبد يسعى في قيمته عند أبي حنيفة)**، وقالا: يعتق ولا يسعى في شيء لأن الدين والعتق في الصحة ظهرا معاً بتصديق الوارث في كلام واحد فصارا كأنهما كانا معاً، والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وإن كان على المعتق دين. وله أن الإقرار بالدين أقوى لأنه يعتبر من جميع المال، والإقرار بالعتق في المرض يعتبر من الثلث، والأقوى يدفع الأدنى، فقضيته أن يبطل العتق أصلاً إلا أنه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى بإيجاب السعاية، ولأن الدين أسبق لأنه لا مانع له من الاستناد فيستند إلى حالة الصحة، ولا يمكن إسناد العتق إلى تلك الحالة لأن الدين يمنع العتق في حالة المرض مجاناً فتجب السعاية، وعلى هذا الخلاف إذا مات الرجل وترك ألف درهم فقال رجل لي على الميت ألف درهم دين وقال الآخر كان لي عنده ألف درهم وديعة فعنده الوديعة أقوى وعندهما سواء.

خرج الجواب عن إشكال آخر. وهو أن يقال: المحاباة الأولى ترجحت على العتق والثانية مساوية للأولى فينبغي أن تترجح على العتق كالأولى لأن المساوي للراجح راجح، لما مر أن رجحان الأولى بمعنى يخصها وهو تقدمها عليه، وكذا لو قال: ينبغي أن لا يكون للمحاباة الثانية شيء لأنها مساوية للعتق والعتق مرجوح والمساوي للمرجوح مرجوح، كذا في الفوائد الحميدية اهـ. فتأمل.

يمكن إسناده إلى حالة الصحة فكذلك ثبت الدين من كل وجه، ويثبت العتق من حيث الصورة لا من حيث المعنى لأن إعتاق المريض المديون يرد من حيث المعنى وجوب السعاية، وصار تصديق الوارث بمنزلة تصديق الميت. ولو قال العبد لمولاه المريض أعتقتني في صحتك وقال رجل آخر لي عليك ألف درهم دين فقال المريض صدقتما عتق العبد ويسعى في قيمته للغريم كذلك ها هنا. وقوله: **(وعلى هذا الخلاف الخ)** لهما أن الوديعة لم تظهر إلا والدين ظاهر معها فيتحاصان كما لو أقرّ بالدين ثم بالوديعة، إذ الإقرار من الوارث بالدين على الميت يتناول التركة لا الذمة فقد وقعا معاً، بخلاف المورث. وله أن حقه يثبت في عين الألف مقارناً لثبوت الدين في الذمة وعند انتقالها منها إلى الألف كان الألف مستحقاً بالوديعة كما لو كان المورث حياً وقالا له ذلك فقال صدقتما، والاختلاف في هذه المسألة ذكر على عكس ما ذكر في الكتاب في عامة الكتب.

قال المصنف: **(ومن أوصى بعتق عبده ثم مات فجنى العبد جناية ودفع بها بطلت الوصية، لأن الدفع قد صح لما أن حق ولي الجناية مقدم على حق الموصي)** أقول: قال في الكافي: والأصل أن الإيصاء بالإعتاق لا يبطل ملك الورثة، فإن شاءوا دفعوه، وإن شاءوا فدوه، فإن دفعوه صح الدفع لأن حق أولياء الجناية مقدم على حق المالك، فكذا يتقدم على من يتلقى الملك من المالك وهو الموصى له، وبطلت الوصية لأن الدفع يبطل حق المالك لو كان حياً، فكذا يبطل حق من يتلقى الملك من جهته؛ ألا يرى أن الموصي لو باعه أو بيع بعد موته بسبب الدين تبطل الوصية فكذا هنا، وإن اختاروا الفداء فعليهم الدية لالتزامهم وجازت الوصية انتهى. ولا يخفى عليك المخالفة بينه وبين ما في الهداية والتوفيق أن العبد وجب إعتاقه بالوصية، ففيما يتعلق بالتنفيذ تبقى الرقبة على ملك الميت، وفيما وراء ذلك عليهم نص عليه التمرتاشي.

قال المصنف: **(وعلى هذا الخلاف إذا مات الرجل وترك ألف درهم)** أقول: قال في المنظومة في كتاب الإقرار في باب أبي حنيفة خلافاً لصاحبيه:

لو تركت ألف وهذا يدعي ... ديناً وذاك قال هذا مودعي

والابن قد صدق هذين معاً ... استويا وأعطيا من أودعا

فصل

قال: **(ومن أوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدّمها الموصي أو أخرها مثل الحج والزكاة والكفارات)** لأن الفريضة أهم من النافلة، والظاهر منه البداءة بما هو الأهم **(فإن تساوت في القوة بدىء بما قدمه الموصي إذا ضاق عنها الثلث)** لأن الظاهر أنه يبتدىء بالأهم. وذكر الطحاوي أنه يبتدىء بالزكاة ويقدمها على الحج وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف، وفي رواية عنه أنه يقدم الحج وهو قول محمد. وجه الأولى أنهما وإن

فصل

ترجم هذا الفصل في مختصر الكرخي بباب الوصايا إذا ضاق عنها الثلث، كذا في غاية البيان. وقدم المصنف باب العتق في المرض على هذا الفصل لقوة العتق في المرض لأنه لا يلحقه الفسخ بخلاف مسائل هذا الفصل، كذا في عامة الشروح قوله: **(ومن أوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصي أو أخرها)** أقول: يشكل إطلاق هذه المسألة بالعتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي على أصل أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، فإن العتق عندهما من حقوق الله تعالى حتى تقبل الشهادة عليه عندهما من غير دعوى كما تقرّر في محله ومرّ في الباب السابق أيضاً مع أنه يقدم على الفرائض منها بالاتفاق وإن كان نفسه من التطوعات كما صرح به في عامة المعتبرات وذكر في النهاية وغاية البيان أيضاً نقلاً عن شرح الطحاوي فتأمل. قوله: **(لأن الفريضة أهم من النافلة، والظاهر منه البداءة بمّا هو الأهم)** أقول: يرد على ظاهر هذا التعليل أنه ينافي قوله في وضع المسألة قدمها الموصي أو أخرها إذ على تقدير إن أخر الفرائض تكون بداءته بالنافلة لا محالة فلا يقع منه البداءة هناك بالأهم، إذ لا شك أن الأهم هو الفرائض فكيف يتمشى هناك أن يقال الظاهر منه البداءة بما هو الأهم. والجواب أن المراد بالبداءة في قوله والظاهر منه البداءة بما هو الأهم هو البداءة في الإعطاء والتمليك لا البداءة في

فصل

قدم باب العتق في المرض على هذا الفصل لقوّة العتق في المرض لأنه لا يلحقه الفسخ، بخلاف مسائل هذا الفصل.
اعلم أن من مات وعليه حقوق الله تعالى من صلاة أو صيام أو زكاة أو حج أو كفارة أو نذر أو صدقة فطر، فإما أن يوصي بها أو لا، فإن كان الثاني لم تؤخذ من تركته ولم تجبر الورثة على إخراجها لكن لهم أن يتبرّعوا بذلك، وإن كان الأول ينفذ من ثلث ماله عندنا، ثم الوصايا إما أن تكون كلها لله تعالى أو كلها للعباد أو يجمع بينهما، فما للعباد خاصة تقدم ذكرها، وما لله تعالى إما أن يكون كله فرائض كالزكاة والحج والصوم والصلاة، أو واجبات كالكفارات والنذور وصدقة الفطر، أو كله تطوّعاً كالحج التطوّع، والصدقة على الفقراء، وما أشبههما. أو يجمع بين هذه الوصايا كلها بأن جمع بينها والثلث يحتمل جميع ذلك تنفذ وصاياه كلها من ثلث ماله، وكذلك إن لم يحتمل ذلك ولكن أجازت الورثة، وإن لم يجيزوها فإن كانت كلها لله وهي فرائض كلها أو واجبات كلها أو تطوع يبدأ بما بدأ به الميت، وإن اختلطت يبدأ بالفرائض قدمها الموصي أو أخرها مثل الحج والزكاة والكفارات، لأن الفريضة أهم من النافلة، والظاهر منه البداءة بما هو أهم وإن تساوت في القوّة: يعني أن يكون الكل فرضاً أو واجباً أو تطوّعاً كما ذكرنا بدىء بما قدمه الموصي، لأن الظاهر أنه يبتدىء بالأهم. فإن قيل: أين ذهب قول

فصل: ومن أوصى بوصايا

قوله: **(والصدقة على الفقراء)** أقول: فإنها تقع في كف الرحمن فهي حق الله تعالى قوله: **(وإن لم يجيزوها فإن كانت كلها لله تعالى)** أقول: الكلام يحتاج إلى توجيه كما لا يخفى قوله: **(لأن الفريضة أهم من النافلة)** أقول: لعله أراد بالفريضة هنا ما يعم الواجب فلا يخالف جعل الكفارات من الفرائض لما أسلفه آنفاً من عدها من الواجبات، والقرينة لتلك الإرادة مقابلتها بالنافلة قوله: **(فإن قيل: أي ذهب)** أقول: يعني في الفصل السابق قوله: **(ففي هذه المسألة حجة عليهما)** أقول: أبو حنيفة لم يعتبر التقديم في الذكر، وإلا فلو أوصى بثلثه لإنسان ثم به لآخر لزم أن يقدم المقدم، وجوابه اعتبار عدم المجانسة عنده فيه، صرح به الخبازي فراجعه قوله: **(أجيب بأن هذا مختص بحقوق الله تعالى)** أقول: فيه بحث.

استويا في الفرضية فالزكاة تعلق بها حق العباد فكان أولى. وجه الأخرى أن الحج يقام بالمال والنفس والزكاة بالمال قصراً عليه فكان الحج أقوى، ثم تقدم الزكاة والحج على الكفارات لمزيتها عليها في القوة، إذ قد جاء فيهما من

الذكر والتلفظ؛ فالمعنى أن الظاهر من حال الموصي البداءة في الإعطاء والتمليك بما هو الأهم في الشرع وإن أخره في الذكر والتلفظ. ووجه آخر وهو أن يكون المراد بالبداءة المذكورة بداءة من ينفذ وصاياه ويؤديها إلى محلها من الوصي والقاضي ونحوهما لا بداءة نفسه. فالمعنى أن الظاهر من حال الموصي أن يقصد بداءة من ينفذ وصاياه ويصرفها إلى محلها بما هو الأهم في الشرع من بين ما ذكره نفسه قوله: (**فإن تساوت في القوة بدىء بما قدمه الموصي إذا ضاق عنها الثلث لأن الظاهر أنه يبتدىء بالأهم**) يعني إن تساوت الوصايا التي من حقوق الله تعالى في القوّة بأن كان كلها فرائض أو واجبات أو نوافل بدىء بما قدمه الموصي إذا ضاق عنها الثلث، لأن الظاهر من حال الإنسان أن يبتدىء بالأهم. أقول: لقائل أن يقول: في تمام التعليل نظر، إذ الظاهر أن الأهم في حقوق الله تعالى ما هو الأقوى منها، والمفروض في وضع مسألتنا هذه تساوي تلك الحقوق فكيف يتصوّر أهمية بعضها من بعض، وإن وجد التفاوت بينها في القوة من جهة بعد تساويها في القوّة من جهة الفرضية أو الوجوب أو التنفل فالظاهر أنه أهمها ما هو أقواها في اعتبار الشرع دون اعتبار الموصي، فإن أريد بالأهم في قوله لأن الظاهر أنه يبتدىء بالأهم ما هو الأهم: أي الأقوى في اعتبار الشرع فلا نسلم أن الظاهر أن يبتدىء به. إذ لا يهتدي كل أحد إلى معرفة ما هو الأقوى في اعتبار الشرع من بين الفرائض أو الواجبات أو النوافل فكيف يجعل ابتداؤه بشيء منها دليلاً على كونه أقوى من غيره في اعتبار الشرع، وإن أريد بالأهم في ذلك ما هو الأهم عند المبتدىء كما صرح به في الكافي حيث قال: لأن الظاهر من حال الإنسان أن يبدأ بما هو الأهم عنده فيكون الظاهر أن يبتدىء به فمسلم، لكن كون مثل هذا الظاهر موجباً للبداءة في التنفيذ والأداء بما قدمه الموصي في الذكر مع العلم بكون ما أخره أهم في في اعتبار الشرع غير واضح، فإن كون الظاهر من حال الإنسان أن يبدأ بما هو الأهم عنده متحقق في المسألة المتقدمة هنا أيضاً مع أنه لم يعمل به هناك بل عمل هناك بما هو الأعم عند الشرح حيث قدمت الفرائض سواء قدمها الموصي أو أخرها فليتدبر في الدفع. ثم إن صاحب العناية قصد تفصيل المسائل المتعلقة بهذا المقام وضبطها فقال: ثم الوصايا إما أن تكون كلها لله تعالى أو كلها للعباد أو يجمع بينهما، فما للعباد خاصة تقدم ذكرها، وما لله تعالى إما أن يكون كله فرائض كالزكاة والحج والصوم والصلاة، أو واجبات كالكفارات والنذور وصدقة الفطر، أو كله تطوعاً كالحج التطوّع والصدقة على الفقراء وما أشبهها، أو يجمع بين هذه الوصايا كلها، فإن جمع بينها والثلث يحتمل جميع ذلك تنفذ وصاياه كلها من ثلث ماله. وكذلك إن لم يحتمل ذلك ولكن إجازه الورثة، وإن لم يجيزوها فإن

أبي يوسف ومحمد ولا معتبر بالتقديم في الذكر فإنه لا يوجب التقديم في الثبوت؛ ففي هذه المسألة حجة لأبي حنيفة رحمة الله عليهما؟ أجيب بأن هذا مختص بحقوق الله تعالى لكون صاحب الحق واحداً، وأما إذا تعدّد المستحق فلا معتبر بالتقديم، كما لو أوصى بثلثه لإنسان ثم أوصى بثلثه لآخر. وقوله: (**فالزكاة تعلق بها حق العباد**) يعني باعتبار أن الفقير حقه في القبض ثابت فكان ممتزجاً بحقين. وقوله: (**إذ جاء فيهما من الوعيد ما لم يأت في الكفارات**) أما في الزكاة فقوله تعالى ﴿والذين يكنزون الذهب والفضة﴾ الآية، وأما في الحج فقوله تعالى: ﴿ومن كفر فإن الله غنيّ عن العالمين﴾ مكان قوله ومن لم يحج، وقوله ﷺ «من مات وعليه حجة الإسلام إن شاء مات يهودياً» الحديث. وقوله: (**والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر**) ترك كفارة الإفطار لأنها ليست مقدمة على صدقة الفطر لثبوتها بخبر الواحد وثبوت صدقة الفطر بآثار مستفيضة، وقوله: (**وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض**) فمن ذلك أن تقدم صدقة الفطر على النذر لكونها واجبة بإيجاب الشرع والنذر واجب بإيجاب العبد، والنذور تقدم على الأضحية لوقوع اختلاف في وجوبها دون وجوب النذور (**وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي لما بينا**) يعني قوله لأن الظاهر أنه يبتدىء بالأهم وصار كما إذا صرح بذلك وقال

الوعيد ما لم يأت في الكفارات[١]، والكفارة في القتل والظاهر واليمين مقدمة على صدقة الفطر لأنه عرف وجوبها دون صدقة الفطر، وصدقة الفطر مقدمة على الأضحية للاتفاق على وجوبها بالقرآن والاختلاف في الأضحية، وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض. قال: **(وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي)** لما بينا وصار كما

كان كلها لله وهي فرائض كلها أو واجبات كلها أو تطوّع يبدأ بما بدأ به الميت، وإن اختطلت يبدأ بالفرائض قدمها الموصي أو أخّرها مثل الحج والزكاة والكفارات، لأن الفريضة أهم من النافلة والظاهر منه البداءة بما هو الأهم اهـ. أقول: في تقريره خلل، لأن ضمير المفعول في قوله وإن لم يجيزوها إما أن يرجع إلى الوصايا الجامعة بين الفرائض والواجبات والنوافل، أو يرجع إلى مطلق الوصايا جامعة كانت بينها أو غير جامعة، فإن رجع إلى الأولى كما هوالظاهر من سياق كلامه حيث قال: فإن جمع بينها فساق كلامه الخ يلزم أن لا يصح قوله فإن كان كلها لله وهي فرائض أو واجبات كلها أو تطوّع يبدأ بما بدأ به، لأن الوصايا التي كلها فرائض والتي كلها واجبات والتي كلها تطوع قسيمات للوصايا الجامعة بينها كما ذكره من قبل، فكيف يتصوّر أن تجعل هنا قسماً منها، وإن رجع إلى الثانية فمع كونه مما يأباه سياق كلامه يلزم أن يكون كثير من الأقسام مع أحكامها مهملاً متروكاً في مقام التفصيل، وذلك مثل أن تكون الوصايا كلها فرائض أو واجبات أو نوافل والثلث يحتمل الكل أو لا يحتمل ذلك، ولكن أجازه الورثة، فإن كلاً منها قد خرج بقوله فيما قبل، فإن جمع بينها ولم يذكر فيما بعد أصلاً فيفوت المقصود من البسط والبيان وهو الضبط والجمع، ثم إن الشارح المذكور إنما وقع فيما وقع بزيادة قوله فإن جميع بينها بعد قوله أو يجمع بين هذه الوصايا كلها، ولو سلك في التقرير مسلك غيره من شراح هذا الكتاب وغيرهم فقال بعد قوله أو يجمع بين هذه الوصايا كلها فإن كان ثلث ماله يحتمل جميع ذلك وساق كلامه الخ لسلم عن جميع ما ذكرنا في بيان الخلل تأمل تقف قوله: **(وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض)** قال الشراح: فمن ذلك أن يقدم صدقة الفطر على النذور لكونها واجبة بإيجاب الشرع وكون النذور واجبة بإيجاب العبد اهـ. أقول: لقائل أن يعارض ويقول عرف وجوب النذور بالقرآن وهو قوله تعالى: ﴿وليوفوا نذورهم﴾ الحج (٢٩) وعرف وجوب صدقة الفطر بالنسبة فينبغي أن تقدم النذور على صدقة الفطر بناء على ذلك كما قدم الكفارة في القتل والظهار واليمين عليها لذلك على ما ذكر في الكتاب قوله: **(قالوا: إن الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى وما كان للعبد الخ)** وفي غاية البيان: قال شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي: فإن قيل: إذا كانت الوصية بحجة الإسلام فينبغي أن تقدم على الوصية لإنسان لأن ذلك ليس بفرض والحج فريضة. قلنا: هذا إذا اتحد المستحق، فأما عند اختلاف

«ابدءوا بما بدأت به»، ولو قال كذلك لزم تقديم ما قدم فكذا هذا وهو ظاهر الرواية. وروى الحسن عن أصحابنا أنه يبدأ بالأفضل فالأفضل يبدأ بالصدقة ثم بالحج ثم بالعتق مثلاً سواء رتب على هذا الترتيب أو لم يرتب، وما جمع بينهما قالوا: إن الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله وما كان للعبد وتجعل كل جهة من جهات القربة مفردة بالضرب ويقسم على عددها، فإذا قال ثلث مالي في الحج والزكاة والكفارت ولزيد يقسم على أربعة أسهم لأن المقصود بجميعها وإن كان متحداً وهو رضا الله فكل واحدة في نفسها مقصودة فتنفرد كما تفرد وصايا الآدميين فإن الجميع منها، وإن كان المقصود منه القربة إذا أوصى للفقراء والمساكين وابن السبيل لكن يجعل لكل جهة سهم على حدة فكذا هذا. قال: **(ومن أوصى بحجة الإسلام أحجوا عنه رجلاً من بلده)** كلامه واضح. وقوله: **(وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل)** يعني على مذهب أبي

---

(١) ورد أحاديث كثيرة في الوعيد لمن ترك الزكاة منها حديث أبي هريرة، وهو حديث طويل وفيه: قال رسول الله ﷺ: «ما مِن صاحب ذهب، ولا فضة لا يؤدي منها حقها إلا إذا كان يوم القيامة صُفحَت له صفائح من نار، فأحمى عليها في نار جهنم، فيكوى بها جنبه وجبينه وظهره كلما بردت أعيدت له في يوم كان مقداره خمسين ألف سنة حتى يُقضى بين العباد، فيرى سبيله إما إلى الجنة، وإما إلى النار...» الحديث.
أخرجه مسلم ٩٨٧ وأبو داود ١٦٥٨، ١٦٥٩ والنسائي ٥/ ١٢، ١٣ وعبد الرزاق ٦٨٥٨ والبيهقي ٤/ ١١٩، ١٣٧، ١٨٣ و ٧/ ٣ وأحمد ٢/ ٢٦٢، ٢٧٦، ٣٨٣. وفي الباب أحاديث

إذا صرح بذلك. قالوا: إن الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى وما كان للعبد، فما أصاب القرب صرف إليها على الترتيب الذي ذكرناه ويقسم على عدد القرب ولا يجعل الجميع كوصية واحدة، لأنه إن كان المقصود بجميعها رضا الله تعالى فكل واحدة في نفسها مقصودة فتتفرد كما تنفرد وصايا الآدميين. قال: **(ومن أوصى بحجة الإسلام أحجوا عنه رجلاً من بلده يحج راكباً)** لأن الواجب لله تعالى الحج من بلده ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده والوصية لأداء ما هو الواجب عليه وإنما قال راكباً لأنه لا يلزمه أن يحج ماشياً فانصرف إليه على الوجه الذي وجب عليه. قال: **(فإن لم تبلغ الوصية النفقة أحجوا عنه من حيث تبلغ)** وفي القياس لا يحج عنه، لأنه أمر بالحجة على صفة عدمناها فيه. غير أنا جوّزناه لأنا نعلم أن الموصي قصد تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما أمكن والممكن فيه ما ذكرناه، وهو أولى من إبطالها رأساً، وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل. قال: **(ومن**

المستحق فلا تعتبر قوّة الوصية اهـ. أقول: في الجواب نظر، فإنه منقوض بالعتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي وبالمحاباة في البيع إذا وقعت في المرض، فإن كلاً منها يقدم على جميع سائر الوصايا ما كان لله وما كان للعبد لقوة العتق من حيث أنه لا يلحقه الفسخ أصلاً، وقوة المحاباة أيضاً من حيث أنه لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي كما مر في باب العتق في المرض، ولو لم تعتبر قوة الوصية عند اختلاف المستحق لما قدمت المحاباة عند اجتماعها مع وصايا من حقوق الله تعالى، لأن المستحق في المحاباة هو العبد، وفي حقوق الله تعالى وهو الله تعالى فقد اختلف المستحق، وكذا الحال في العتق الموقع في المرض أو المعلق بالموت عند اجتماعه مع حقوق الله تعالى عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، لأن العتق حق العبد عنده وعند اجتماعه مع حقوق العباد عند صاحبيه، لأن العتق حق الله تعالى عندهما على ما عرف تدبر قوله: **(لهما أن السفر بنية الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة بقدره الخ)** قال صاحب العناية: قوله لهما أن السفر بنية الحج وقع قربة الخ مدفوع بقوله عليه الصلاة والسلام «كل عمل ابن آدم ينقطع بموته إلا ثلاثة»[1] فإن الخروج للحج ليس منه. ورد بأن المكفر إذا أطعم بعض المساكين فمات وأوصى به وجب الإكمال بما بقي بالاتفاق ولم ينقطع ما أطعمه بالموت، ذكره في الأسرار، فما هو جواب أبي حنيفة عن ذلك فهو جوابنا عن الحج. وأجيب بالفرق بأن سفر الحج لا يتجزأ في حق الآمر بدليل أن الأول لو بدا له في الطريق أن لا يحج بنفسه بعد ما مشى بعض الطريق وفوّض الأمر إلى غيره برضا الوصي لم يجز ولزمه ردّ ما أنفقه، وأما الإطعام فإنه يقبل التجزي حتى إن المأمور بالإطعام إذا أطعم البعض ثم ترك البعض وأمر به

حنيفة، وهو الذي ذكره قبل هذا الفصل بقوله: وله أنه وصية بعتق عبد يشتري بمائة الخ. وقوله: **(ومن خرج من بلده حاجاً)** قيد به لأنه إذا خرج للتجارة يحج عنه من بلده بالاتفاق وسيذكره بعيد هذا. قيل هذا الخلاف فيما إذا كان له وطن، فأما إذا لم يكن فيحج عنه من حيث مات بالاتفاق، لأنه لو تجهز بنفسه لتجهز من حيث هو، فكذلك إذا أوصى. وقوله: **(لهما أن السفر بنية الحج وقع قربة الخ)** مدفوع بقوله ﷺ «كل عمل ابن آدم ينقطع بموته إلا ثلاثة» فإن الخروج للحج ليس منه. وردّ بأن المكفر إذا أطعم بعض المساكين ومات فأوصى وجب الإكمال بما بقي بالاتفاق ولم ينقطع ما أطعمه بالموت، ذكره في الأسرار، فما هو جواب أبي حنيفة عن ذلك فهو جوابنا عن الحج. وأجيب بالفرق بأن سفر الحج لا يتجزأ في حق الآمر، بدليل أن الأول إذا بدا له في الطريق أن لا يحج بنفسه بعد ما مشى بعض الطريق وفوّض الأمر إلى غيره برضا الوصي لم يجز

قوله: **(وروى الحسن عن أصحابنا أنه يبدأ بالأفضل، فالأفضل يبدأ بالصدقة الخ)** أقول: قال السرخسي في محيطه: لأن الصدقة أفضل الطاعات وأجود الخيرات، قال عليه الصلاة والسلام «تباهت العبادات عند الله تعالى، فقالت الصدقة: أنا أفضلها» ولأن نفعها عائد إلى غيره، ونفع غيرها مقتصر عليه. وقال عليه الصلاة والسلام «خير الناس من ينفع الناس» والحج أفضل من العتق لأنه من الأركان الخمسة، والبداءة بالأفضل أولى لأنه أجزل ثواباً وأعظم أجراً اهـ. وأنت خبير بأن قوله ونفع غيرها مقتصر عليه منقوض بالعتق.

---

(١) تقدم تخريجه

خرج من بلده حاجاً فمات في الطريق وأوصى أن يحج عنه يحج عنه من بلده) عند أبي حنيفة وهو قول زفر. وقول أبو يوسف ومحمد. يحج عنه من حيث بلغ استحساناً، وعلى هذا الخلاف إذا مات الحاجّ عن غيره في الطريق. لهما أن السفر بنية الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة بقدره وقد وقع أجره على الله فيبتدىء من ذلك المكان كأنه من أهله، بخلاف سفر التجارة لأنه لم يقع قربة فيحجّ عنه من بلده. وله أن الوصية تنصرف إلى الحجّ من بلده على ما قررناه أداء للواجب على الوجه الذي وجب، والله أعلم.

غيره فإنه يجزئه، كذا في الأسرار، وهذا ليس بدافع لأن الحديث لم يفصل بين المتجزىء وغيره في الانقطاع، إلا أن يقال: التجزي في الإطعام مستند إلى الكتاب فإنه أقوى وإن كان دلالة فعمل به، والحج لم يكن فيه دليل أقوى من الحديث فعمل به. إلى هنا لفظ العناية. أقول: السؤال والجواب اللذان ذكرهما بقوله ورد وأجيب مذكوران في النهاية وغيرها، وتصرف هذا الشارح نفسه إنما هو في قوله وهذا ليس بدافع الخ ساقط، إذ ليس مدار الجواب المذكور على أن المتجزىء لا ينقطع وغير المتجزىء ينقطع حتى يرد عليه ما قاله من أن الحديث لم يفصل بين المتجزىء وغيره، بل مداره على أن الانقطاع لا يضرّ في المتجزىء وإنما يضر في غير المتجزىء، فإن كل عمل غير متجزّ إذا انقطع قبل التمام يبطل من الأصل بالضرورة ويلحق بالعدم كما في الصوم والصلاة، والحج غير متجزّ؛ فإذا انقطع بموت الحاج في الطريق وجب أن يحج من بلد الموصي أداء للواجب على الوجه الذي وجب عليه، بخلاف العلم المتجزىء فإنه لا يلزم من انقطاعه قبل تمامه أن يبطل من الأصل، بل يجوز أن يتمم الآخر ما بقي منه، كما إذا أطعم المأمور بالإطعام بعض المساكين ثم ترك البعض وأمر به غيره فإنه يجزئه كما نص عليه في الأسرار. وعلى هذا كان الجواب المذكور دافعاً للسؤال قطعاً، ولعدم فرق الشارح المزبور بين المدارين قال في تقرير السؤال: ولم ينقطع ما أطعمه بالموت والواقع في النهاية بدل ذلك ولم يبطل هناك ما أطعمه بالموت، وفي معراج الدراية بدله، ولم يجب الاستئناف هناك بل وجب الإكمال بما بقي بالاتفاق. ثم إن مدار التوجيه الذي ذكره صاحب العناية بقوله إلا أن يقال التجزي في الإطعام مستند إلى الكتاب الخ، على أن التجزي ينافي الانقطاع وإلا لم يكن بين الحديث المذكور والكتاب الدال على تجزي الإطعام تعارض أصلاً حتى يترك العمل بالحديث المذكور في حق الإطعام ويعمل بالكتاب فيه لقوّته، وقد عرفت أن التجزي لا ينافي الانقطاع بل يتحقق الانقطاع في المتجزىء وغيره، إلا أن الإكمال بما بقي متصوّر في المتجزىء دون غيره فلا يقتضي العمل بالكتاب في حق الإطعام ترك العمل بالحديث المذكور في حق ذلك كما لا يخفى، فما ارتكبه الشارح المزبور هنا من ضيق العطن كما ترى.

ولزمه ردّ ما أنفقه، وأما الإطعام فإنه يقبل التجزي، حتى أن المأمور بالإطعام إذا أطعم البعض ثم ترك البعض وأمر به غيره فإنه يجزئه، كذا في الأسرار وهذا ليس بدافع لأن الحديث لم يفصل بين المتجزىء وغيره في الانقطاع، إلا أن يقال: التجزي في الإطعام مستند إلى الكتاب فإنه لم يشترط فيه التتابع أصلاً، حتى لو جامع في خلال الإطعام مثلاً لمَ يجب عليه إعادة ما سبق والكتاب أقوى وإن كان دلالة فعمل به والحج لم يكن فيه دليل أقوى من الحديث فعمل به. وقوله: **(على ما قررناه)** أراد به قوله قبيل هذا: ومن أوصى بحجة الإسلام أحجوا عنه رجلاً الخ.

قال المصنف: **(لهما أن السفر بنية الحج وقع قربة)** أقول: وقرر العلامة النسفي في الكافي دليل الطرفين هكذا: لهما أن السفر بنية الحج وقع قربة، وقد وقع أجره على الله تعالى لقوله تعالى: ﴿ومن يخرج من بيته مهاجراً﴾ الآية ولم ينقطع بموته بل يكتب له حج مبرور فيبدأ من ذلك المكان كأنه من أهل ذلك المكان، بخلاف ما إذا خرج بنية التجارة لأنه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده. وله أن عمله انقطع بموته لقوله عليه الصلاة والسلام «كل عمل ابن آدم ينقطع بموته إلى ثلاثة» والخروج للحج ليس من الثلاثة، ولا بناء على المنقطع، وظهر بموته أن سفره كان سفر الموت لا سفر الحج، فكان هذا في المعنى وخروجه للتجارة سواء، وثمة يحج عنه من بلده فها هنا كذلك قوله: **(حتى أن المأمور بالإطعام)** أقول: يعني في كفارة الظهار.

باب الوصية للأقارب وغيرهم

قال: **(ومن أوصى لجيرانه فهم الملاصقون عند أبي حنيفة، وقالا: هم الملاصقون وغيرهم ممن يسكن محلة الموصي ويجمعهم مسجد المحلة)** وهذا استحسان. وقوله قياس لأن الجار من المجاورة وهي الملاصقة حقيقة ولهذا يستحق الشفعة بهذا الجوار، ولأنه لما تعذر صرفه إلى الجميع يصرف إلى أخص الخصوص وهو الملاصق. وجه الاستحسان أن هؤلاء كلهم يسمون جيراناً عرفاً، وقد تأيد بقوله ﷺ «لا صلاة لجار المسجد إلا في

باب الوصية للأقارب وغيرهم

أخر هذا الباب عما تقدمه لأنه ذكر في هذا الباب أحكام الوصية لقوم مخصوصين، وذكر فيما تقدمه أحكام الوصايا على وجه العموم، والخصوص أبداً يتلو العموم، كذا في الشروح قوله: **(ومن أوصى لجيرانه فهم الملاصقون)** قال صاحب العناية: كان حق الكلام أن يقدم وصية الأقارب نظراً إلى ترجمة الباب، ويجوز أن يقال: الواو لا يدل على الترتيب، وأن يقال: فعل ذلك اهتماماً بأمر الجار اهـ كلامه. أقول: كل واحد من توجيهه كاسد. أما الأول فلأن الواو إنما لا يدل على الترتيب الخارجي: أي لا يدل على وقوع مدخوله في الخارج بعد وقوع المعطوف عليه فيه، وأما ما تأخر مدخوله في الذكر عن المعطوف عليه فأمر ضروري، ولا يخفى أن مدار قوله كان حق الكلام أن يقدم وصية الأقارب نظراً إلى ترجمة الباب على الثاني: يعني لما قدم ذكر الوصية للأقارب في ترجمة الباب كان حق الكلام أن يقدم ذلك في بسط المسائل أيضاً ليحصل التناسب بين الإجمال والتفصيل، وعدم دلالة الواو على الترتيب في الوقوع الخارجي لا يدفع ذلك بلا ريب. وأما الثاني فلأن الاهتمام بأمر الجار لو كان واجباً أو مستحسناً لفعل ذلك في ترجمة الباب بأن قال باب الوصية للجيران وغيرهم، ولما لم يفعله هناك علم أن اهتمامه كان بأمر الأقارب، فكان حق الكلام هنا أن يساق على منواله رعاية للتناسب قوله: **(ولأنه لما تعذر صرفه إلى الجميع يصرف إلى أخص الخصوص وهو الملاصق الخ)** أوضحه في الكافي حيث قال: ولأنه لما تعذر صرفه إلى الجميع؛ ألا يرى أنه لا يدخل فيه جار المحلة وجار الأرض وجار القرية صرف إلى أخص الخصوص وهو الملاصق اهـ. وعن هذا قال في العناية في شرح قول المصنف لما تعذر صرفه إلى الجميع: يعني لعدم دخول جار المحلة وجار القرية وجار الأرض. أقول: لقائل أن يقول: عدم دخول جار المحلة وجار القرية وجار الأرض في

باب الوصية للأقارب وغيرهم

إنما أخر هذا الباب عما تقدمه لأن في هذا الباب ذكر أحكام الوصية لقوم مخصوصين، وفيما تقدمه ذكر أحكامها على وجه العموم، والخصوص أبداً يتلو العموم. قال: **(ومن أوصى لجيرانه فهم الملاصقون)** كان حق الكلام أن يقدم وصية الأقارب نظراً إلى ترجمة الباب، ويجوز أن يقال الواو لا تدل على الترتيب، وأن يقال فعل ذلك اهتماماً بأمر الجار قوله: **(لأنه لما تعذر صرفه إلى الجميع)** يعني لعدم دخول جار المحلة وجار القرية وجار الأرض صرف إلى أخص الخصوص وهو الملاصق. وقوله: **(وذلك عند اتحاد المسجد)** قيل حتى لو كان في المحلة مسجدان صغيران متقاربان فالجميع جيران. وقوله: **(وما يروى فيه ضعيف)** يعني ما روي أنه ﷺ قال «الجار أربعون داراً، هكذا وهكذا أربع مرات» إشارة إلى الجوانب الأربعة. فإن قيل: هذا خبر لا يعرف راويه، وقال ابن قدامة: هذا إن صح كان نصاً في الباب وقد طعن في راويه قالوا: **(ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والأنثى والمسلم والذمي)** قال محمد في الزيادات: وينبغي على قياس قول أبي حنيفة أن يدخل السكان تحت الوصية من الجيران المتلاصقين وإن كانوا لا يملكون المسكن، ومن كان مالكاً ولم يكن ساكناً لا

باب الوصية للأقارب وغيرهم

قوله: **(كان حق الكلام أن يقدم وصية الأقارب نظراً إلى ترجمة الباب)** أقول: فإنه نص على خصوص الأقارب وقدم على غيرهم المذكور مجملاً، وكل ذلك يدل على أهميته، وما ذكره بقوله ويجوز لا يدفعه، وكذا قوله وأن يقال الخ. نعم يمكن أن يقال لكل من

المسجد»[١] وفسره بكل من سمع النداء، ولأن المقصد برّ الجيران واستحبابه ينتظم الملاصق وغيره، إلا أنه لا بد من الاختلاط وذلك عند اتحاد المسجد، وما قاله الشافعي رحمه الله: الجوار إلى أربعين داراً بعيد، وما يروى فيه ضعيف[٢]. قالوا: ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والأنثى والمسلم الذمي لأن اسم الجار يتناولهم ويدخل فيه العبد الساكن عنده لإطلاقه، ولا يدخل عندهما لأن الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن. قال: (ومن أوصى

الوصية لجيران الموصي لعدم انطلاق لفظ الجيران المضاف إلى الموصي نفسه على شيء من ذلك لا حقيقة ولا عرفاً بخلاف من يسكن محلة الموصي ويجمعهم مسجد محلته فإن هؤلاء كلهم يسمون جيران الموصي عرفاً كما سيأتي في وجه الاستحسان، فلا يلزم من تعذر صرفه إلى الجميع تعذر صرفه إلى أهل مسجد محلته كما قال الإمامان حتى يتعين صرفه إلى أخص الخصوص كما قاله أبو حنيفة فتأمل قوله: **(ولأن المقصد برّ الجيران فاستحبابه ينتظم الملاصق وغيره)** أقول: ولقائل أن يقول: نعم إن مقصود الموصي من إيصائه لجيرانه برّ الجيران لكن الجيران هم الملاصقون لا غير لأن الجار من المجاورة وهي الملاصقة فكيف ينتظم الملاصق وغيره، وإن صير إلى كون غير الملاصق أيضاً من أهل المحلة جيراناً عرفاً يلزم المصير إلى الدليل الأول، فلا يكون لجعل هذا التعليل دليلاً ثانياً كما هو مقتضى التحرير. وجه كما لا يخفى قوله: **(قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والأنثى والمسلم والذمي لأن اسم الجار يتناولهم)** أقول: التعميم المستفاد من قولهم ويستوي فيه الساكن والمالك ينافي تقييد المصنف فيما مر بقوله ممن يسكن محلة الموصي، إلا أن يكون ما نقله ها هنا عن المشايخ رواية أخرى، لكن أسلوب تحريره يأبى ذلك كما لا يخفى على الفطن. وقال بعض المتأخرين: المفهوم من قول المصنف ممن يسكن محلة الموصي الخ اشتراك السكنى في استحقاقهم الوصية عندهما ملاكا أو غيرهم. وما نقله عن المشايخ عدم اشتراط السكنى في استحقاقهم الوصية عندهما ملاكاً أو غيرهم. ومما نقله عن المشايخ عدم اشتراط السكنى عندهما إن كانوا ملاكا بدليل تخصيص خلافهما بالعبد الساكن فتأمل ا هـ كلامه. أقول: ليس هذا بتام لأن تخصيص خلافهما بالعبد الساكن إنما يكون دليلاً على عدم الخلاف في الحرّ الساكن، لا على عدم الخلاف في الحرّ الغير الساكن إذا كانوا ملاكاً حتى يفهم منه عدم اشتراط السكنى عندهما إن كانوا ملاكاً. ثم إن تعليل قولهما في العبد الساكن بقوله لأن الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن بمنزلة الصريح في اشتراط السكنى عندهما في استحقاقهما الوصية وإن كانوا أحراراً وملاكاً فإنه قال وهو غير ساكن ولم يقل وهو غير مالك للدار، فدل قطعاً على أن عدم دخول العبد

يدخل. قال أبو بكر بن شاهويه: هذه كرخدانية من محمد في مذهب أبي حنيفة، وليس كذلك فإنه بنى هذا الحكم على استحقاق الشفعة وهو الملاك، وأقول: ينبغي على قول محمد أن لا يدخل الذمي لأن المسجد لا يضمه إلا إذا أريد باتحاد المسجد سماع الأذان. وقوله: **(ومن أوصى لأصهاره)** أي لأقرباء امرأته. قال في الصحاح: الأصهار أهل بيت المرأة، وإنما قال: وهذا التفسير اختيار محمد وأبي عبيدة لأن الصهر في اللغة يجيء بمعنى الختن أيضاً. وقوله: **(وإن كانت في عدة من طلاق بائن لا يستحقها)** يعني وإن ورثت منه بأن يكون الطلاق في المرض. وقوله: **(ومن أوصى لأختانه)** يعني أن الأختان

الأقارب والجيران خصوصية تستدعي الاهتمام فنبه على أهمية كل منهما من وجه بطريق حيث قدم الأقارب في الإجمال والجيران في التفصيل قوله: **(إشارة إلى الجوانب الأربعة)** أقول: وفي بعض الشروح أشار إلى الجوانب الثلاثة يمين ويسار وخلف قوله: **(وقال ابن قدامة)** أقول: من الحنابلة.

---

(١) تقدم مستوفياً في صلاة الجماعة

(٢) ضعيف. يشير المصنف لما أخرجه أبو يعلى ٥٩٨٢ والديلمي ٢٦٧١ كلاهما من حديث أبي هريرة مرفوعاً: «حق الجوار أربعون داراً هكذا، وهكذا يميناً، وشمالاً، وقدّاماً، وخلفاً. وفيه محمد بن جامع العطار ضعيف، وبه أعله الهيثمي في المجمع ٨/١٦٨ وضعفه. وفيه عبد السلام ابن أبي الجنوب متروك. قال ابن حجر في الدراية ٢/٢٩٣: وروى الطبراني من حديث كعب بن مالك نحوه، وله قصة إلا أن فيه يوسف بن السفر ضعيف. ورواه هقل بن زياد عن الأوزاعي مرسلاً. وروى البيهقي من حديث عائشة مرفوعاً: «أوصاني جبرئيل بالجار إلى أربعين»

لأصهاره فالوصية لكل ذي رحم محرم من امرأته) لما روي «أن النبيّ عليه الصلاة والسلام لما تزوّج صفية أعتق كل من ملك من ذي رحم محرم منها إكراماً لها»[1] وكانوا يسمون أصهار النبيّ عليه الصلاة والسلام. وهذا التفسير اختيار محمد وأبي عبيدة، وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة أبيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لأن الكل أصهار. ولو مات الموصي والمرأة في نكاحه أو في عدّته من طلاق رجعي فالصهر يستحق الوصية،

الساكن عندهما لعدم تحقق سكنى مولاه الذي هو الموصي له في الحقيقة، وهذا إنما يتم باشتراط السكنى عندهما في استحقاقهم الوصية فلا معنى لاستنباط عدم السكنى عندهما إن كانوا ملاكاً من الخلافية المذكورة كما فعله ذلك البعض قوله: **(لأن الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن)** قال بعض المتأخرين: ولقائل أن يقول: لعله أراد بدخوله كون نفسه موصى له ومستحقاً للوصية فيحمل على أنه لو أعتق قبل موت الموصى صار مستحقاً له، ولا يضره كونه عبداً وقت الوصية، إذ العبرة لوقت الموت فالخلاف بينهما غير حقيقي، وأيضا الوصية بدءاً للعبد ثم لمولاه لأن العبد وما يملكه لمولاه فسكناه كاف في استحقاقه الوصية فتأمل إلى هنا كلامه. أقول: كل من شقي كلامه غير صحيح. أما الأول منهما فلأن العبرة إذا كانت لوقت الموت دون وقت إيجاب الوصية كان الخلاف المذكور بينهما فيما كان عبداً وقت الموت وكان الخلاف في ذلك حقيقاً لا محالة. وأما الذي كان عبداً وقت الإيجاب ثم أعتق قبل الموت فصار حراً وقت الموت فخارج عن محل الخلاف المذكور قطعاً، لأنه لما صار حراً في الوقت الذي له العبرة في أحكام الوصية عامة وهو وقت موت الموصي صار من قبيل سائر الأحرار بلا تفاوت، فلا يصلح أن يكون محل الخلاف فيما نحن فيه بلا ريب فكيف يحمل الكلام عليه. وأما الثاني فلأنه لا شك أن ليس معنى الوصية للعبد أن يملك شيء للعبد تمليكاً مضافاً إلى الموت فيملكه العبد ابتداء عند الموت ثم ينتقل الملك من ذلك العبد إلى مولاه ثانياً، بل معناها تمليك شيء لمولى العبد كما هو الحال في سائر التمليكات للعبد على ما صرحوا به، وإلا يلزم أن يكون العبد أهلاً للملك لنفسه ابتداء ولم يقل به أحد، فإذن كانت الوصية للعبد وصية لمولاه وكان التمليك تمليكاً لمولاه، فلا معنى لقول ذلك البعض فسكناه كاف في استحقاقه الوصية تأمل ترشد قوله: **(ومن أوصى لأصهاره)** قال صاحب النهاية: أي لأقرباء امرأته. وفي الصحاح: الأصهار أهل بيت المرأة اهـ. واقتفى أثره في هذا التفسير والاستشهاد بما في الصحاح صاحبا العناية ومعراج الدراية. أقول: تفسير الأصهار في هذه المسألة بأقرباء امرأته لا يناسب قول المصنف فيما بعد، وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة أبيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لأن الكل أصهار، فإن كلاً منهم ليس من أقرباء امرأته مع أنهم يدخلون في الإيصاء بالأصهار بناء على كون كلهم أصهاراً كما صرح به المصنف. فالوجه أن يفسر الأصهار في هذه المسألة

تطلق على أزواج المحارم كزوج البنت والأخت والعمة والخالة وغيرها، وعلى محارم الأزواج، فكيون كل ذي رحم محرم من أزواج المحارم من الذكر والأنثى كلهم في قسمة الثلث سواء. وقوله: **(ومن أوصى لأقاربه)** يعني تصرف إلى اثنين فصاعداً الأقرب فالأقرب من كل ذي رحم محرم من جهة الأب أو الأم غير الوالدين والولد إذا لم يكونوا وارثين عند أبي حنيفة. وقوله: **(وفائدة الخلاف تظهر في آل أبي طالب)** يعني أن الموصي إذا كان علوياً فعلى القول الأول أقصى الأب عليّ فلا يدخل في الوصية أولاد عقيل وجعفر. وعلى القول الثاني أقصى الأب أبو طالب لأنه أدرك الإسلام وإن لم يسلم فيدخل

قوله: **(وليس كذلك)** أقول: من كلام أبي بكر بن شاهويه قوله: **(وأقول: ينبغي على قول محمد أن لا يدخل الذمي)** أقول: لا أدري ما وجه تخصيص محمد بالذكر.

---

(١) وقع للمصنف صفية والصواب جويرية. أخرجه أبو داود ٣٩٣١ وأحمد ٦/ ٢٧٧ والحاكم ٦/ ٢٦ كلهم من حديث عائشة وله قصة وفيه: «فتسامع ـ تعني الناس ـ أن رسول الله ﷺ قد تزوج جويرية، فأرسلوا ما في أيديهم من السبي، فأعتقوهم، وقالوا: أصهار رسول الله ﷺ...».
ورجاله ثقات غير إسحاق بن يسار فيه: كلام لا يضر، فالحديث حسن.

وإن كانت في عدة من طلاق بائن لا يستحقها لأن بقاء الصهرية ببقاء النكاح وهو شرط عند الموت. قال: **(ومن أوصى لأختانه فالوصية لزوج كل ذات رحم محرم منه وكذا محارم الأزواج)** لأن الكل يسمى ختناً. قيل هذا في عرفهم، وفي عرفنا لا يتناول الأزواج المحارم، ويستوي فيه الحرّ والعبد والأقرب والأبعد، لأن اللفظ يتناول الكل. قال: **(ومن أوصى لأقاربه فهي للأقرب فالأقرب من كل ذي رحم محرم منه، ولا يدخل فيه الوالدان والولد ويكون ذلك للاثنين فصاعداً، وهذا عند أبي حنيفة، وقال صاحباه: الوصية لكل من ينسب إلى أقصى أب له في الإسلام)** وهو أوّل أب أسلم أو أول أب أدرك الإسلام وإن لم يسلم على حسب ما اختلف فيه المشايخ. وفائدة الاختلاف تظهر في أولاد أبي طالب فإنه أدرك الإسلام ولم يسلم. لهما أن القريب مشتق من القرابة فيكون اسماً لمن قامت به فينتظم بحقيقة مواضع الخلاف. وله أن الوصية أخت الميراث، وفي الميراث يعتبر الأقرب فالأقرب، والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية، والمقصد من هذه الوصية تلافي ما فرط في إقامة واجب الصلة وهو

بما هو أعم من أقرباء امرأته. وقد جاء في اللغة جعل الأصهار أعم من أقرباء المرأة. قال في الصحاح: الأصهار أهل بيت المرأة. عن الخليل قال: ومن العرب من يجعل الصهر من الأحماء ,والأختان جميعاً اهـ. وقال في القاموس: الصهر بالكسر القرابة وحرمة الختونة جمعه أصهار. ثم قال: وزوج بنت الرجل وزوج أخته الأختان أصهار أيضا اهـ. قوله: **(وله أن الوصية أخت الميراث وفي الميراث يعتبر الأقرب فالأقرب، والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية)** أقول: فيه بحث، وهو أنه إن أراد أن الوصية أخت الميراث في جميع الأحكام فهو ممنوع، كيف وقد مرّ في الكتاب أنه يجوز أن يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم بلا خلاف ولا شك ولا توارث بينهما لاختلاف الدينين على ما تقرر في محله، وكذا قد مرّ فيه أنه تجوز الوصية للقاتل عند إجازة الورثة إياها على ما تقرّر في محله عند أبي حنيفة ومحمد. ولا يجوز الميراث للقاتل عند أحمد ولو أجازته الورثة كما صرحوا به، وكذا مرّ فيه آنفا في مسألة الإيصاء لأختانه أنه يستوي فيه الحرّ والعبد والأقرب والأبعد، ولا ميراث للعبد أصلاً، ولا يستوي في الميراث الأقرب والأبعد على ما تقرر، وإن أراد أن الوصية أخت الميراث في بعض الأحكام فهو مسلم لكنه لا يفيد المطلوب، إذ الخصم لا يسلم كون ما نحن فيه من ذلك القبيل بل هو أول المسألة. ثم إن أبا حنيفة رحمه الله لم يعتبر الأخوة بين الوصية والميراث في مسألتنا هذه أيضا من جهات متعددة حيث قال فيها باستواء الحرّ والعبد والذكر والأنثى والمسلم والكافر، كما قال به صاحباه على ما نص عليه الإمام الزيلعي في التبيين حيث

فيه أولاد عقيل وجعفر، وبقية كلامه واضح إلى قوله ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الإجماع على تركه وهو جواب عن قولهما إن القريب مشتق من القرابة فيكون اسماً لمن قامت به وبين كونه متروكاً بالإجماع بقوله: **(فإن عنده)** أي عند أبي حنيفة **(يقيد بما ذكرناه)** من الأقرب فالأقرب بالقيود الستة التي ذكرناها **(وعندهما بأقصى أب له في الإسلام. وعند الشافعي بالأب الأدنى)** وما كان متروكاً بالإجماع لا يصح الاستدلال به لا محالة. وقوله: **(وإذا أوصى لأقاربه وله عمان وخالان)** يعني وله

قوله: **(لأن الصهر في اللغة يجيء بمعنى الختن أيضاً)** أقول: بدليل قولهم:

لكل أبي بنت إذا ما ترعرعت ... ثلاثة أصهار إذا عدد الصهر

فأولهم خدر وثانيهم امرؤ ... وثالثهم قبر وخيرهم القبر

اهـ من شرح الزيادات للعتابي قوله: **(فصاعداً الأقرب فالأقرب)** أقول: يعني يقدم الأقرب فالأقرب. وبالجملة فيه شرائط: الأول أن يكون اثنين فصاعداً. والثاني كونه قريباً. والثالث كونه من ذي رحم محرم. والرابع كونه من جهة الآباء والأم. والخامس كونه غير الوالدين والولد. والسادس عدم كونه وارثاً قال المصنف: **(وقال صاحباه: الوصية لكل من ينسب إلى أقصى أب له في الإسلام)** أقول: قال في الكافي: يستوي فيه الأقرب والأبعد والواحد والجمع والكافر والمسلم انتهى. وهذا الكلام لمحمد يخالف ما قاله إذا أوصى رجل لأمهات أولاده بالثلث وللفقراء والمساكين حيث اعتبر فيه معنى الجمعية ولم يعتبر هنا.

يختص بذي الرحم المحرم منه، ولا يدخل فيه قرابة الأولاد فإنهم لا يسمون أقرباء، ومن سمى والده قريباً كان منه عقوقاً، وهذا لأن القريب في عرف اللسان من يتقرّب إلى غيره بوسيلة غيره، وتقرّب الوالد والولد بنفسه لا بغيره، ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الإجماع على تركه، فعنده يقيد بما ذكرناه، وعندهما بأقصى الأب في الإسلام، وعند الشافعي بالأب الأدنى. قال: **(وإذا أوصى لأقاربه وله عمان وخالان فالوصية لعميه)** عنده اعتباراً للأقرب كما في الإرث، وعندهما بينهم أرباعاً إذ هما لا يعتبران الأقرب **(ولو ترك عماً وخالين فللعم نصف الوصية والنصف للخالين)** لأنه لا بد من اعتبار معنى الجميع وهو الاثنان في الوصية كما في الميراث بخلاف ما إذا أوصى لذي قرابته بحث يكون للعم كل الوصية، لأن اللفظ للفرد فيحرز الواحد كلها إذ هو الأقرب، ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث لما بيناه، ولو ترك عما وعمة وخالاً وخالة فالوصية للعم والعمة بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما وهي أقوى، والعمة وإن لم تكن وارثة فهي مستحقة للوصية كما لو كان القريب رقيقاً أو كافراً، وكذا إذا أوصى لذوي قرابته أو

قال: ويستوي الحر والعبد والمسلم والكافر والصغير والكبير والذكر والأنثى على المذهبين اهـ. وقد أفصح عنه في الكافي وغيره أيضاً. ولا ميراث للعبد والكافر أصلاً فضلاً عن التساوي مع الحرّ والمسلم. وأما الأنثى فإنها وإن ورثت إلا أنها لا تستوي مع الذكر في الاستحقاق البتة، فلم يعتبر الأخوة بين الوصية والميراث في هاتيك الأمور في مسألتنا هذه أيضاً، فكيف يتم الاستدلال على مدعى أبي حنيفة ها هنا بأن الوصية أخت الميراث فيعتبر فيه، ولعل صاحب البدائع تفطن له فلم يتعرّض في الاستدلال على قول أبي حنيفة في هذه المسألة لحديث الأخوة بين الوصية والميراث، بل استدل عليه بوجه آخر ذكره وفصله كما لا يخفى على الناظر في كتابه ذلك قوله: **(وله أن اسم الأهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى: ﴿وسار بأهله﴾ القصص (٢٩) ومنه قولهم تأهل ببلدة كذا، والمطلق ينصرف إلى الحقيقة)** أقول: في الاستشهاد بقوله تعالى ﴿وسار بأهله﴾ القصص (٢٩) نظر، لأنه إنما يدل على أن لفظ الأهل بطلق على الزوجة بطريق الحقيقة، ولا يدل على أنه لا يطلق على غيرها أيضاً بطريق الحقيقة، إذ لا يلزم من أن يراد بلفظ في موضع فرد مخصوص من أفراد معناه أن لا يجوز إطلاق ذلك اللفظ بطريق الحقيقة على فرد آخر من أفراد ذاك المعنى؛ ألا يرى أنك إذا قلت رأيت إنساناً يفعل كذا وأردت بالإنسان هناك فرداً مخصوصاً من أفراده لا يلزم منه أن لا يطلق لفظ الإنسان بطريق الحقيقة على فرد آخر من أفراده في موضع آخر، فإذن لا يثبت

ولد يحرز ميراثه فالثلث لعميه، وهذا إلى آخره تفصيل ما أجمله من القيود على مذهب أبي حنيفة. وقوله: **(لأنه لا بد من اعتباره معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية)** يعني لو كان العم اثنين كان لكل واحد منهما النصف فكذا إذا انفرد كان له النصف أيضاً. واعترض بأن في هذا جعل عدم المزاحم بمنزلة المزاحم حيث قال: إذا كان معه عم آخر كان له النصف، فكذا إذا لم يكن معه عم آخر. وحينئذٍ كان لقائل أن يقول: إذا كان عم واحد كان له الثلث، لأنه إذا كان معه عمان كان له الثلث، فكذا إذا لم يكن معه غيره، وعلى هذا يقال: يجب له الربع أو الخمس عند انفراده على تقدير أن يكون معه ثلاثة أعمام أو أربعة أعمام وهلم جرا. وأجيب بأن ذلك غير لازم، لأن اعتبار الجموع كلها ساقط لتعذره، فتعين أدنى ما يستعمل فيه وهو الاثنان لتيقنه، والعم والواحد نصف الاثنين فيكون له نصف مالهما، وإذا أخذ العم النصف صار كأن لم يكن فيكون الباقي من الثلث للخالين وفي قولهما الثلث بينهم أثلاثاً. وقوله: **(لما بيناه)** أراد به قوله لأنه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان الخ. وقوله: **(وهي أقوى)** أي قرابة العمومة أقوى من قرابة الخؤلة. وقوله: **(والعمة وإن لم تكن وارثة)** جواب عما يقال العمة لا تستحق العصوبة ويقدم العم على الأخوال بسببها فلم تكن قرابتها أقرب. ووجهه أنها مستحقة للوصية ومساوية للعم في الدرجة، وعدم استحقاقها العصوبة وصف قام بها وهو الأنوثة لا يخرجها عن مساواتها العم في استحقاق هذه للوصية كالعم الرقيق أو الكافر لما أن حرمان الميراث لوصف قام به لا لضعف في القرابة. وقوله: **(لأنسبائه)** الأنسباء جمع النسيب وهو القريب كالأنصباء في جمع النصيب. وقوله: **(في جميع ما ذكرنا)** يعني من القيود المذكورة على قول أبي حنيفة خلافاً لهما. قال: **(ومن أوصى لأهل فلان فهي على زوجته)** الوصية لأهل فلان تنصرف إلى الزوجة عند أبي حنيفة وإلى كل من يضم نفقة فلان من الأحرار عندهما اعتباراً للعرف المؤيد بقوله تعالى **﴿وائتوني بأهلكم أجمعين﴾** فإنه ليس المراد به

لأقربائه أو لأنسبائه في جميع ما ذكرنا، لأن كل ذلك لفظ جمع، ولو انعدم المحرم بطلت الوصية لأنها مقيدة بهذا الوصف. قال: ومن أوصى لأهل فلان فهي على زوجته عند أبي حنيفة، وقال: يتناول كل من يعولهم وتضمهم نفقته اعتباراً للعرف وهو مؤيد بالنص، قال الله تعالى ﴿وائتوني بأهلكم أجمعين﴾ وله أن اسم الأهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى ﴿وسار بأهله﴾ ومنه قولهم تأهل ببلدة كذا، والمطلق ينصرف إلى الحقيقة. قال: ولو أوصى لآل فلان فهو لأهل بيته لأن الآل القبيلة التي ينسب إليها، ولو أوصى لأهل بيت فلان يدخل فيه أبوه وجدّه لأن الأب أصل البيت، ولو أوصى لأهل نسبه أو لجنسه فالنسب عبارة عمن ينسب إليه، والنسب يكون من جهة الآباء، وجنسه أهل بيت أبيه دون أمه لأن الإنسان يتجنس بأبيه، بخلاف قرابته حيث تكون من جانب الأم والأب، ولو أوصى لأيتام بني فلان أو لعميانهم أو لزمناهم أو لأراملهم إن كانوا قوماً يحصون دخل في الوصية فقراؤهم وأغنياؤهم ذكورهم وإناثهم، لأنه أمكن تحقيق التمليك في حقهم والوصية تمليك، وإن كانوا لا يحصون فالوصية

بتلك الآية مطلوب أبي حنيفة هنا وهو اختصاص الوصية لأهل فلان بزوجته، بل يجوز أن تتناول غيرها أيضاً كما قال صاحباه. واعترض عليه صاحب الغاية بوجه آخر حيث قال: وقول صاحب الهداية وغيره في الاحتجاج لأبي حنيفة بقوله تعالى: ﴿وسار بأهله﴾ فيه نظر، لأن لم يرد في الآية الزوجة خاصة، لأنه تعالى قال: قال: ﴿فلما قضى موسى الأجل وسار بأهله آنس من جانب الطور ناراً قال لأهله امكثوا﴾ القصص (٢٩) ألا يرى أنه خاطبهم بخطاب الجمع اهـ. وأجاب عنه صاحب العناية حيث قال بعد نقله: والجواب أنه لم ينقل أنه كان معه أحد من أقاربه أو أقاربها ممن ضمتّهم نفقته، فإن كان معه الأرقاء لم يدخل فيه أحد بالاتفاق ا هـ. أقول: لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن هذا كلام خال عن التحصيل في دفع نظر صاحب الغاية، فإن حاصل نظره القدح في الاحتجاج لأبي حنيفة بقوله تعالى: ﴿وسار بأهله﴾ القصص (٢٩) بناء على أن ما وقع في سياقه من خطاب الأهل بلفظ الجمع يأبى كون

الزوج خاصة، وكذا قوله تعالى: ﴿فنجيناه وأهله إلا امرأته﴾ وله أن الأهل في الزوجة حقيقة يشهد بذلك قوله تعالى: ﴿وسار بأهله﴾ فلا يصار إلى غيرها مع إمكان العمل بها. قيل في استدلال بهذه الآية نظر، لأنه خاطب بلفظ الجمع بقوله: ﴿امكثوا﴾ والمرأة لا تخاطب بذلك. والجواب أنه لم ينقل أنه كان معه أحد من أقاربه أو أقاربها ممن ضمتهم نفقته، فإن كان معه من الأرقاء أحد لم يدخل فيه بالاتفاق. وعلى أن الحقائق لا يستدل عليها لأن طريق معرفتها السماع كما عرف في الأصول، وإنما استشهد بالآية تأنيساً. فإن ثبت أن ما في الآية ليس على معنى الحقيقة لا ينافي مطلوبه كالآيات التي استدلا بها، وقوله فلان تأهل ببلدة كذا هو المسموع الدال على الحقيقة لتبادر الفهم إليه. وقوله: (لأن الإنسان يتجنس بأبيه) فإن إبراهيم ابن رسول الله ﷺ كان من جنس قريش، وأولاد الخلفاء صلحوا للخلافة وإن كان أكثرهم من الإماء، فعلم أنهم يدخلون في هذا اللفظ دون عشيرة الأم. وقوله: (ولو أوصى لأيتام فلان) اليتيم اسم لمن مات أبوه قبل الحلم. قال ﷺ «لا يتم بعد احتلام» والعميان والزمنى معروفة، والأرمل هو الذي لا يقدر على شيء رجلاً كان أو امرأة، من أرمل إذا افتقر من الرمل كأدفع من الدفعاء وهي التراب، ومن الناس من قال: الأرمل في النساء خاصة، والمختار عند المصنف هو الأول حيث قال: ذكورهم وإناثهم وهو اختيار الشعبي. فإذا أوصى لهؤلاء، فإما أن يكونوا قوماً يحصون أو لا، فإن كان الأول وحدّ الإحصاء عند أبي يوسف لا يحتاج في الإحصاء إلى كتاب ولا حساب، فإن احتيج إلى ذلك فهم لا يحصون. وقال محمد: إذا كانوا أكثر من مائة فإنهم لا يحصون وهو الأيسر. وقال بعضهم: هو مفوّض إلى رأي القاضي دخل في الوصية فقراؤهم وأغنياؤهم ذكورهم

قوله: (قيل في الاستدلال) أقول: القائل هو الإتقاني قوله: (على أن الحقائق لا يستدل عليها) أقول: إن أراد أنه لا يستدل عليه بالقياس فمسلم، ولكن ليس الاستدلال عليه بالآية الكريمة كذلك، بل هو من قبيل السماع، وإن أراد مطلقاً فغير مسلم قوله: (كالآيات التي استدلا بها) أقول: منها ما ذكره في الكتاب، ومنها ﴿فنجيناه وأهله إلا امرأته﴾ ومنها ﴿ووهبنا له أهله ومثلهم معهم﴾ كذا قال الإتقاني، وقال: لم يرد في هذه المواضع الزوجة خاصة فتحمل على الكل، إلا أن المماليك لا يدخلون لأنهم خدم الأهل تبع لهم قوله: (اليتيم اسم لمن مات أبوه قبل الحلم) أقول: قوله قبل ظرف لاسم، والظاهر أنه من باب التنازع. قال الكاكي: اليتيم صغير لا أب له.

في الفقراء منهم، لأن المقصود من الوصية القربة وهي في سدّ الخلة وردّ الجوعة، وهذا الأسامي تشعر بتحقق الحاجة فجاز حمله على الفقراء، بخلاف ما إذا أوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون أو لأيامى بني فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية، لأنه ليس في اللفظ ما ينبىء عن الحاجة فلا يمكن صرفه إلى الفقراء، ولا يمكن تصحيحه تمليكاً في حق الكل للجهالة المتفاحشة وتعذر الصرف إليهم، وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف إلى اثنين منهم اعتباراً لمعنى الجمع، وأقله اثنان في الوصايا على ما مر. ولو أوصى لبني فلان يدخل فيهم

المراد بالأهل هناك الزوجة خاصة لا الاستدلال على قول صاحبيه بتلك الآية حتى يتم ما ذكره صاحب العناية جواباً عنه تأمل تفهم. فالأظهر في تعليل قول أبي حنيفة هنا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال: ولأبي حنيفة أن الأهل عند الإطلاق يراد به الزوجة في متعارف الناس، يقال فلان متأهل وفلان له يتأهل وفلان له أهل وفلان ليس له أهل، ويراد به الزوجة فتحمل الوصية على ذلك اهـ تبصر تقف قوله: **(ولا يدخل مدبروه وأمهات أولاده، لأن عتق هؤلاء يثبت بعد الموت، والوصية تضاف إلى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله)** أقول: له في التعليل كلام، لأن مقتضى قوله لأن عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف إلى حالة الموت أن لا تجوز الوصية لأحد من هؤلاء أصلاً، إذ يلزم حينئذ أن يكونوا أرقاء في حالة تضاف الوصية إليها وهي حالة الموت، فإن المفروض كون ثبوت عتقهم بعد الموت وكون إضافة الوصية إلى حالة الموت والوصية للرقيق بشيء غير رقبتها لا تجوز كما نصوا عليه، وقد مرّ في الكتاب أن الوصية لأمهات الأولاد بثلث ماله جائزة، ولا يمكن أن تتعلق تلك الوصية برقبتها لأن الوصية بالرقبة إعتاق والوصية لها لا تحتمل أن تكون إعتاقاً لأنها تعتق بموت مولاها وإن لم تكن ثمة وصية أصلاً كما حققه

وإناثهم، لأن الوصية تمليك وتحقيق التمليك فيهم ممكن. وإن كان الثاني فالوصية للفقراء منهم لما ذكره في الكتاب، وهو واضح. وقوله: **(بخلاف ما إذا أوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون، أو لأيامى بني فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية)** فيه إشارة إلى أنهم إذا كانوا يحصون كان الحكم كما تقدم في دخول الغني والفقير وهل يدخل الذكر والأنثى في الأيامى دخوله في الأرامل أو لا؟ قال الكرخي. يدخل لأن الأيم هي التي لا زوج لها بكراً كانت أو ثيباً أو يقال رجل أيم أيضاً. وقال محمد: الأيم هي الثيب خاصة، وقول المصنف محتمل، والظاهر دخوله لأنه تركه اعتماداً على ذكره في الأرامل، وإنما بطلت الوصية في الشبان والأيامى لأنه ليس في اللفظ ما يدل على الفقير حتى يصرف إلى الفقراء، ولا يمكن تصحيحه تمليكاً في حق الكل للجهالة الفاحشة وتعذر الصرف إليهم لكثرتهم فبطلت. قال محمد: الغلام ما كان له أقل من خمسة عشر، والفتى من بلغ خمسة عشر وفوق ذلك. والكهل إذا بلغ أربعين فزاد عليه، وما بين خمسين إلى ستين إلى أن يغلب الشيب فحينئذٍ يكون شيخاً. وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف إلى اثنين منهم اعتباراً بمعنى الجمع، وأقله اثنان في الوصايا على ما مر، وقوله: **(ولو أوصى لبني فلان)** يعني إذا أوصى لبني فلان فلا يخلو إما أن يريد مفهومه الإضافي أو يكون اسم قبيلة أو فخذ، فإن كان الأول لم يدخل فيه الإناث عند أبي حنيفة رجع إليه، وكان يقول أوّلا يدخل وهو قولهما، والخلاف عند الاختلاط، أما إذا كانت الإناث منفردات فلا تدخل بالاتفاق. وجه قولهما أن جمع الذكور يتناول

وفي الجامع الكبير لشمس الأئمة: فإن قيل؛ أليس أن الكفار يسمون رسول الله ﷺ يتيم أبي طالب. قلنا: هذا لطف من الله تعالى له عليه الصلاة والسلام، فإنهم كانوا يسمون اليتيم وهو ليس بيتيم، فلا يتناوله سبهم كما يسبون مذمماً وهو ليس كذلك، بل كان محمداً عليه الصلاة والسلام انتهى قوله: **(والأرمل هو الذي لا يقدر على شيء رجلاً كان أو امرأة)** أقول: في المحيط: الأرامل كل امرأة فقيرة بلغت فارقها زوجها أو مات عنها، دخل بها أو لم يدخل، وقول محمد حجة، وهكذا قال صاحب الزاهر: إن الأرملة هي التي لا زوج لها، مأخوذ من قولهم أرمل القوم: إذا فني زادهم، والذكر يسمى أرملاً مجازاً خلافاً للشعبي وابن قتيبة. قال صاحب الزاهر: لا يقال رجل أرمل إلا في الشذوذ، ومطلق الكلام يحمل على الشائع المستفيض بين الناس، لا على الشاذ النادر انتهى قوله: **(والمختار عند المصنف هو الأول حيث قال ذكورهم وإناثهم)** أقول: في دلالة ذلك على ما ذكره بحث، فإن الظاهر أن كلامه على التوزيع بناء على عدم الالتباس، وانظر إلى الكافي قوله وقال بعضهم: **(هو مفوض إلى رأي القاضي)** أقول: وعليه الفتوى قوله: **(دخل في الوصية فقراؤهم)** أقول: هذا جواب إن كان الأول قال المصنف: **(وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف إلى اثنين)** أقول: مخالف لما سبق في

الإناث في قول أبي حنيفة أول قوليه وهو قولهما لأن جمع الذكور يتناول الإناث، ثم رجع وقال: يتناول الذكور خاصة لأن حقيقة الاسم للذكور وانتظامه للإناث تجوّز والكلام لحقيقته، بخلاف ما إذا كان بنو فلان اسم قبيلة أو فخذ حيث يتناول الذكور والإناث لأنه ليس يراد بها أعيانهم إذ هو مجرد الانتساب كبني آدم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم. قال: (ومن أوصى لولد فلان فالوصية بينهم والذكر والأنثى فيه سواء) لأن اسم الولد ينتظم الكل انتظاماً واحداً. (ومن أوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين) لأنه لما نص على لفظ

الشراح هناك، فكان بين تلك المسألة وبين هذا التعليل تدافع. ويكن أن يقال: جواب تلك المسألة على موجب الاستحسان كما ذكروه هناك، وهذا التعليل على موجب القياس، ووجه الاستحسان الذي ذكروا هناك غير متمش ها هنا كما يعرف بالتأمل الصادق فلا يصار إليه ها هنا قوله: (وعن أبي يوسف أنهم يدخلون أيضاً والكل شركاء، لأن الاسم يتناولهم على السواء) قال بعض المتأخرين: قلت: لا يخفى أن تناول الاسم للأعلى والأسفل بطريق التواطؤ ليس بأبعد من كون هذا التناول كذلك، فالعجب أن أبا يوسف جوّز هذا دون ذاك اهـ. أقول: إن أبا يوسف جوّز ذاك أيضاً في رواية عنه كما صرح به صاحب الكافي هناك حيث قال: وقال الشافعي: الوصية لهم جميعاً، وهو رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف وهو قول زفر لأن الاسم يتناولهم ا هـ. وصرح به صاحب معراج الدراية أيضاً هناك حيث قال: وروي عن أبي حنيفة وأبي يوسف أن الوصية لهم جميعاً وهو قول زفر وأحمد والشافعي في قول ا هـ. وما ذكره المصنف في هذه المسألة رواية أيضا عن أبي يوسف لا قوله مطلقاً كما يشير إليه قول المصنف. وعن أبي يوسف حيث ذكره بكلمة عن ولم يقل وقال أبو يوسف، ويرشد إليه أيضاً أن شمس الأئمة ذكر هذه المسألة في

الإناث وقد عرف في موضعه. ووجه قوله الآخر أن حقيقة هذا الاسم وانتظامه الإناث تجوز ولا يصار إليه عند إمكان العمل بالحقيقة وإن كان الثاني يتناول، لأن المراد به مجرد الانتساب لبني آدم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم يقسم الوصي بين من يقدر عليهم من فقرائهم. قال: (ومن أوصى لولد فلان) إما أن يكون أباً خاصاً أو فخذاً، فإن كان الأول فالوصية تناولت الأولاد دون أولادهم الذكر والأنثى عند الانفراد والاختلاط سواء، لأن اسم الولد يتناول الصلبي كله انتظاماً واحداً بطريق الحقيقة وولد الولد مجازاً لا يصار إليه عند إمكان العمل بها، فإن لم يكن له ولد من الصلب يدخل أولاد الأولاد وأولاد الأبناء رواية واحدة، وفي أولاد البنات روايتان، هذا ظاهر الرواية. وروى الحسن عن أبي حنيفة أن الوصية لولد فلان تتناول الولد وولد الولد، فهم ذلك من قوله تعالى ﴿يوصيكم الله في أولادكم﴾ قال القدوري: والصحيح أنهم لا يدخلون وذكر فيه الحقيقة والمجاز كما ذكرنا. وإن كان الثاني يدخلون وإن كان الصلبي قائماً، لأن فلاناً إذا كان فخذاً فبنوه وبناته لا تخلو عن الأولاد عادة فتكون مرادة فتدخل، بخلاف ما إذا كان أباً خاصاً فإن بنيه وبناته قد تخلو عن الأولاد فلا تكون مرادة. وقوله: (ومن أوصى لورثة فلان) واضح. وقوله: (ومن أوصى لمواليه) مبناه على جواز عموم المشترك وعدم جوازه، والشافعي يجيز ذلك فأجاز هذا، وأصحابنا ما جوّزوه وكذلك هذا، والمروى عن الشافعي رواية عن أبي حنيفة، لكن لا على جواز عموم المشترك بل على أن لفظ المولى يطلق على الأعلى والأسفل متواطىء كالإخوة على بني الأعيان وبني

باب الوصية بثلث المال فيما إذا أوصى لأمهات أولاده وللفقراء والمساكين، إلا أن يكون هذا قول محمد. ثم رأيت في غاية البيان أن المسألة مختلف فيها، وأن هذا قول محمد والحمد لله تعالى قوله: (ولو أوصى لبني فلان يدخل فيهم الإناث في قول أبي حنيفة أول قوليه وهو قولهما) أقول: وفي الكافي مخالف لما في الكتاب ففيه: ولو أوصى لبني فلان فهو للذكور لا غير عند أبي يوسف وهو قول أبي حنيفة آخراً اعتباراً للحقيقة. وقال محمد: يدخل فيه الإناث وهو قول أبي حنيفة أولاً اهـ فلعل فيه روايتين قوله: (فهم ذلك من قوله تعالى ﴿يوصيكم الله في أولادكم﴾) أقول: أي يورثكم، فإن ولد الابن يدخل في الميراث مع البنت الصلبية. والجواب أنه دخل في الميراث مع البنت بدليل آخر، كذا في معراج الدراية، وعندي أن الفهم بطريق آخر، فإنه إذا لم يكن للميت صبي وكان له ابن ابن وبنت ابن مثلاً يكون المال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين بهذه الآية، فعلم أن الأولاد يتناول أولاد الأولاد، لأن فلاناً إذا كان فخذاً فبنوه وبناته لا تخلو عن الأولاد عادة. أقول: فيه بحث، فإن الخلو وعدم الخلو لا مدخل له في كون أولاد الأولاد مرادة إذا كانت معنى مجازياً الأولاد إلا

الورثة آذن ذلك بأن قصده التفضيل كما في الميراث. ومن أوصى لمواليه وله موال أعتقهم وموال أعتقوه فالوصية باطله. وقال الشافعي في بعض كتبه: إن الوصية لهم جميعاً. وذكر في موضع آخر أنه يوقف حتى يصالحوا. له أن الاسم يتناولهم لأن كلاً منهم يسمى مولى فصار كالإخوة. ولنا أن الجهة مختلفة لأن أحدهما يسمى مولى النعمة والآخر منعم عليه فصار مشتركاً فلا ينتظمهما لفظ واحد في موضع الإثبات، بخلاف ما إذا حلف لا يكلم موالي فلان حيث يتناول الأعلى والأسفل لأنه مقام النفي ولا تنافي فيه، ويدخل في هذه الوصية من أعتقه في الصحة والمرض، ولا يدخل مدبروه وأمهات أولاده لأن عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف إلى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله. وعن أبي يوسف أنهم يدخلون لأن سبب الاستحقاق لازم، ويدخل في عبد قال له مولاه

شرح الجامع الكبير ولم يذكر الاختلاف فيها، بل ذكر فيها القياس والاستحسان، فقال في القياس يدخلون، وفي الاستحسان لا يدخلون، كما ذكر تفصيله في النهاية ومعراج الدراية، فالعجب من ذلك البعض أنه لم يطلع على رواية تجويز أبي يوسف تناول الاسم للكل في المسألتين معاً مع كونها مذكورة في الكتب المشهورة المتداولة، فتعجب أنه جوّز التناول للكل في هذه المسألة دون الأولى ومفاسد قلة التدبير والتتبع مما يضيق عن الإحاطة به نطاق البيان قوله: **(وبخلاف ما إذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالي، لأن اللفظ لهم مجاز فيصرف إليه عنه تعذر اعتبار الحقيقة)** قال صاحب النهاية في شرح هذا المقام: وبخلاف ما إذا لم يكن له موال: أي موالي العتاقة ولا أولاد الموالي: أي ولا أولاد موالي العتاقة يعني حينئذ الثلث لموالي الموالاة. وقال في الجامع الكبير: وإن لم يكن له إلا موالي الموالاة كان الثلث لهم لأن الأحق إذا لم يوجد وجب العمل بما دونه انتهى، واقتفى أثره صاحب العناية. أقول: ليس هذا بشرح صحيح، إذ لو كان مراد المصنف ذلك لما صح تعليله بقوله لأن اللفظ لهم مجاز فيصرف إليه عند تعذر اعتبار الحقيقة، فإن لفظ المولى مشترك بين المعتق وبين مولى الموالاة كما يدل عليه قول

العلات وبين الأخياف، وليس بظاهر لأن معنى الإخوة في الجميع واحد وهو اشتمال صلب الأب أو الرحم عليهم، ومعنى المولى ليس كذلك، فإن معنى الأعلى منعم ومعنى الأسفل منعم عليه، فكان في أحدهما بمعنى الفاعل وفي الآخر بمعنى المفعول، وإليه أشار بقوله إن الجهة مختلفة. وقوله: **(في موضع الإثبات)** احتراز عن صورة النفي كما ذكر في الكتاب وهو اختيار شمس الأئمة وعامة أصحابنا، على أن لا عموم للمشترك لا في النفي ولا في الإثبات. وأجابوا عن مسألة الحلف بترك الكلام مع المولى مطلقاً ليس لوقوعه في النفي بل الحامل على اليمين بعضه وهو غير مختلف فيصير بذلك المعنى كالشيء وقد قررناه في التقرير مستوفى بعون الله وتأييده. فإن قيل: سلمنا أن لفظ المولى مشترك لكن حكمه التوقف فكيف قال فالوصية باطلة؟ أجيب بأن الكلام فيما إذا مات الموصي قبل البيان والتوقف في مثله لا يفيد. فإن قيل: الترجيح من جهة أخرى ممكن وهو أن تصرف الوصية إلى المولى الذي أعتقه لأن شكر المنعم واجب. وأما فضل الإنعام في حق المنعم عليه فمندوب، والصرف إلى الواجب أولى منه إلى المندوب كما هو المروى عن أبي يوسف بهذا المعنى. أجيب بأنها معارضة بجهة أخرى، وهو أن العرف جار بوصية ثلث المال للفقراء، والغالب في المولى الأسفل الفقر، وفي الأعلى الغنى، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً كما هو المروى عن أبي يوسف بهذا المعنى. ولو أوصى لمواليه وليس له المولى الأعلى فالوصية جائزة، ويدخل فيها المعتق في حال الصحة والمرض، ولا يدخل مدبروه وأمهات أولاده لأن عتقه لا يثبت بعد الموت، لأن المتوقف على الشيء لا بالعلية يعقبه وجوداً، والوصية تضاف إلى حالة الموت لأنها أخت الميراث والميراث

إذا قامت قرينة على إرادتها أيضاً، والظاهر أن يقال: إذا كان فلان فخذاً يكون المراد مجرد الانتساب إليه فيدخل الكل، بخلاف ما إذا كان أباً خاصاً فليتأمل قوله: **(فيصير بذلك المعنى كالشيء وقد قررناه في التقرير)** أقول: قال في التقرير: يتناول الموجودات المختلفة باعتبار معنى واحد انتهى، ثم قال: كذا في أصول شمس الأئمة، وفيه نظر لأنه يفضي إلى جواز إرادتهما فيما يصح الجمع بينهما، ولسنا نقول به إلا إذا جعل معنى كلامه أن الكلام متروك بدلالة اليمين إلى ما مجاز يعمهما وهو أن يكون المولى من تعلق به عتق، وهذا المعنى بعمومه يتناول الأعلى والأسفل انتهى ما في التقريب.

إن لم أضربك فأنت حرّ لأن العتق يثبت قبيل الموت عند تحقق عجزه، ولو كان له موال وأولاده موال وموالي موالاة يدخل فيها معتقوه وأولادهم دون موالي الموالاة. وعن أبي يوسف أنهم يدخلون أيضاً والكل شركاء لأن الاسم يتناولهم على السواء. ومحمد يقول: الجهة مختلفة، في المعتق الإنعام، وفي الموالي عقد الالتزام والإعتاق لازم فكان الاسم له أحق، ولا يدخل فيهم موالي الموالي لأنهم موالي غيره حقيقة، بخلاف مواليه وأولادهم لأنهم ينسبون إليه بإعتاق وجد منه، وبخلاف ما إذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالي لأن اللفظ لهم مجاز فيصرف إليه

المصنف آنفا، ومحمد يقول: الجهة مختلفة، في المعتق الإنعام وفي المولى عقد الالتزام، وقد صرح الشراح قاطبة باشتراكه بينهما وبينوا مراد المصنف هناك على وفق ذاك، فلو كان المصنف ها هنا ما ذهب إليه صاحبا النهاية والعناية لما صح قوله في التعليل لأن اللفظ لهم مجازاً، إذ لا شك أن اللفظ المشترك حقيقة في كل واحد من معنييه أو معانية، والصواب أن مراد المصنف ها هنا هو أنه إذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالي فالثلث لموالي الموالي فحينئذٍ يرتبط قوله وبخلاف ما إذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالي بما قبله أشد ارتباط، وينتظم تعليله بقوله لأن اللفظ لهم مجاز الخ انتظاماً تاماً كما لا يخفى، وقد صرح في الكافي بعين ما قلنا عند تقرير هذه المسألة، وعلى غاية البيان أيضاً عند شرح كلام المصنف هنا، وكأن صاحب النهاية إنما أغترّ بما نقله عن الجامع الكبير، فإن المذكور فيه موالي الموالاة دون موالي الموالي، لكن التعليل المذكور هناك وهو قوله لأن الأحق إذا لم يوجد وجب العمل بما دونه مطابق للمسألة غير آب عنها، فإنه لا ينافي الاشتراك لجواز أن يكون أحد معنيي المشترك أحق بالإرادة من الآخر لأمر مرجح، وإن كان اللفظ حقيقة في كل واحد منهما كما أشار إليه المصنف فيما مرّ بقوله

كذلك، فلا بد من تحقيق اسم المولى قبل الموت ولم يوجد فيهما **(وعن أبي يوسف أنهم يدخلون)** لأن سبب استحقاق الولاء وهو التدبير والاستيلاد **(لازم)** أي ثابت مستقر، والأصح الأول لأنهم لا ينسبون إليه بالولاء بنفس الاستحقاق بل بالإحياء الحاصل بالعتق، وذلك إنما يكون بعد الموت **(ويدخل فيه)** أي في هذا الإيصاء: يعني بالإجماع عبد قال له مولاه وهو واضح. ولو أوصى لمواليه وله موال وأولاد الموالي وموالي الموالاة دخل معتقوه وهو ظاهر، وأولادهم لأن نسبتهم إليه بالولاء للمعتق الذي باشر في آبائهم، والفروع أجزاء الأصول فكان الإطلاق حقيقة فيهم كما في أصولهم، ولهذا لا يصح نفي اسم المولى عنهم، بخلاف ما تقدم من بني فلان وأولادهم لأن النفي عن الفروع صحيح حيث يجوز أن يقال ليسوا بني وإنما هو بنو بنيه. وعن أبي يوسف أنهم: يعني موالي الموالاة يدخلون أيضاً لما ذكر في الكتاب وهو واضح. وقوله: **(والإعتاق لازم)** جواب عما يقال لما كانت الجهة مختلفة وجب بطلان الوصية كالمولى الأعلى والأسفل. ووجهه أن المشترك لا يعمل به إلا إذا لم تكن قرينة على أحد المعنيين وها هنا قرينة تعين أحدهما، وهو أن ولاء الإعتاق بمنزلة النسب لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته، وولاء الموالاة ضعيف مختلف فيه بين العلماء، وسببه عقد يحتمل الفسخ فلا تتحقق المزاحمة بينهما، ولو لم يكن له إلا موالي موالاة كان الثلث لهم لأن الحقيقة إذا لم تمكن وجب العمل بالمجاز صوناً لكلام العاقل عن الإلغاء **(ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز)** وحكم ولد المعتق حكم المعتق لما ذكرنا أن اسم الموالي لأولاد الموالي حقيقة. وقوله: **(ولا يدخل فيه)** أي فيما إذا أوصى لمواليه **(موال أعتقهم)** هكذا وقع في النسخ ولكن الصواب أن يقال: موال أعتقهم أبوه أو ابنه لأن التعليل يطابق ذلك دون المذكور في الكتاب، وهذا لأن الحقيقة هو أن يباشر إعتاق مملوك فيصير به مولى عنه، والمجاز أن يتسبب لذلك بإعتاق مملوك فيعتق ذلك المعتق مملوكاً ولم يوجد في حق موالي الأب والابن فعل الإعتاق ولا تسبيبه، فقلنا: إنهم لا يدخلون في هذه الإضافة، وهذا المعنى كما ترى لا يستقيم على ما وقع في النسخ، لأن الذين أعتقهم موال له حقيقة. وقوله: **(وإنما يحرز ميراثهم بالعصوبة)** جواب عما روي عن أبي يوسف أن موالي أبيه تدخل إذا مات أبوه وورث ولاءهم لأنهم مواليه حكماً ولهذا يحرز ميراثهم. ووجه ذلك

قوله: **(وهو أن ولاء الإعتاق بمنزلة النسب لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته وولاء الموالاة الخ)** أقول: فيه بحث قوله: **(لأن الحقيقة إذا لم تمكن وجب العمل بالمجاز)** أقول: مخالف لما ذكره آنفاً من القول الاشتراك إلا أن يبني على التسليم والتنزل.

عند تعذر اعتبار الحقيقة. ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز، ولا يدخل فيه موال أعتقهم ابنه أو أبوه لأنهم ليسوا بمواليه لا حقيقة ولا مجازاً، وإنما يحرز ميراثهم بالعصوبة، بخلاف معتق البعض لأنه ينسب إليه بالولاء، والله أعلم بالصواب.

والإعتاق لازم فكان الاسم له أحق، بخلاف تعليل المصنف هنا على تقدير أن يراد بالمسألة ما ذكر في الجامع الكبير كما توهمه صاحب النهاية وتبعه صاحب العناية فإنه لا يطابق المسئلة حينئذٍ بل يأباه جداً كما بيناه آنفاً قوله: **(ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز)** أقول: لقائل أن يقول: لم لا يصار ها هنا إلى عموم المجاز صيانة لكلام العاقل عن الإلقاء في حق النصف، والمصير إلى عموم المجاز مخلص معروف في دفع الجمع بين الحقيقة والمجاز. وطريقة ها هنا أن يحمل الموالي على من كان للموصي مدخل في عتقه أعم من أن يكون بطريق المباشرة كما في معتق نفسه أو بطريق التسبيب كما في معتق معتقه فليتأمل، والله أعلم.

أن إحرازه الميراث ما كان لكونهم موال له، لكن الشرع أقام عصبة المعتق مقام العتق في حق الميراث لأن الولاء كالنسب لا يورث، نص عليه صاحب الشرع قال «الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث» وهو نص صريح في عدم الانتقال فكان بطريق العصوبة. وقوله: **(بخلاف معتق البعض)** قال في النهاية: هكذا وقع في النسخ وليس بصواب. والصواب أن يقول بخلاف معتق المعتق كما هو المذكور في الإيضاح، لأنه يثبت بهذا الفرق بين موال الموالي وبين موال أعتقهم أبوه أو ابنه على ما ذكرنا من النسخة الصحيحة فيه أيضاً، وذلك إنما يستقيم إذا كان بخلاف معتق المعتق، وأما معتق البعض فعند أبي حنيفة لم ينسب إليه بالولاء حقيقة فلا يحتاج إلى ذكره. وذكر بعض الشارحين أن النسخة في قوله ولا يدخل فيه موال أعتقهم بإثبات لفظة ابنه، وها هنا بخلاف معتق البعض فجعله مرتبطاً بقوله ولا يدخل فيه موال أعتقهم ابنه، ومعناه فإن معتق البعض يدخل تحت الوصية للمولى لأنه مولاه حقيقة، بخلاف موالي الأم لأنهم ليسوا مواليه أصلاً، ولكن ينبغي أن يكون هذا على مذهبهما، لأن معتق البعض كالمكاتب، والمكاتب لا يدخل تحت اسم المولى عند تمام الكتابة، وهذا فيه تصحيح نسخة الكتاب في الموضعين وإن كان فيه بعد من حيث الإيراد على مذهبهما خاصة، والله أعلم.

قال المصنف: **(ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز)** أقول: لا يجوز أن يراد المعنى العام لكليهما بقرينة صيغة الجمع وانحصار المعتق في الواحد. وجوابه أن الانحصار وقت الوصية لا يمنع صيغة الجمع في معناها بناء على تجوز أن يوجد له معتق آخر حين الموت.

قوله: **(لأنه يثبت بهذا الفرق)** أقول: قوله الفرق فاعل يثبت قوله: **(وذكر بعض الشارحين)** أقول: أراد الإتقاني قوله: **(لأن معتق البعض كالمكاتب)** أقول: الظاهر أن يقال: لأن معتق البعض عند أبي حنيفة كالمكاتب.

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

قال: **(وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة وتجوز بذلك أبداً)** لأن المنافع يصح تمليكها في حالة الحياة ببدل وغير بدل، فكذا بعد الممات لحاجته كما في الأعيان، ويكون محبوساً على ملكه في حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف، وتجوز مؤقتاً

باب الوصية بالمنافع

لما فرغ من بيان أحكام الوصايا المتعلقة بالأعيان شرع في بيان الوصايا المتعلقة بالمنافع، وأخّر هذا الباب لما أن المنافع بعد الأعيان وجوداً فأخّرها عنها وضعاً، كذا في الشروح، أقول: فيه شيء، وهو أن هذا إنما يتم في حق الوصية بالسكنى والوصية بالخدمة دون الوصية بالثمرة، لأن الثمرة من قبيل الأعيان، والباب يشمل الأقسام الثلاثة كلها عنواناً وأحكاماً فلا يتم التقريب، وإن صير إلى التوجيه ببناء الكلام على الأكثر يبقى تأخير الوصية بالثمرة خالياً من بيان النكتة كما لا يخفى قوله: **(إلا أن الأول وهو الأعدل أولى)** قال بعض المتأخرين: فيه أن المفروض كون المهايأة باختيارهم، فالمتأخر يسقط حقه فلا تبقى الأولوية إلا بإلزام الحاكم حتى يكون أولى انتهى. أقول: ليس هذا بسديد، لأن إسقاط المتأخر حقه لا يلزم أن يكون بطيب خاطره، بل يجوز أن يكون مع الكراهة لأمر يدعو إليه، فكيف يساوي هذا استيفاء حقه كملاً كما في الأول، ثم إن سلم كون إسقاط حقه عن طيب خاطره البتة فهو لا يقتضي إلا انتفاء الظلم له وتحقق العدل في الجملة وذلك لا ينافي كون الأول أعدل منه للتسوية بينهم ذاتاً وزماناً، ولا شك أن الأعدل أولى قوله: **(وجه الظاهر أن حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار بأن ظهر للميت مال آخر وتخرج الدار من الثلث)** أقول: فيه بحث. أما أوّلاً فلأنه منقوض بما إذا أوصى لرجل بعين داره ولم يكن له مال غيرها فاقتسمها الموصى له مع الورثة على الثلث والثلثين فإن للورثة هناك أن يبيعوا ما في أيديهم من ثلثي تلك الدار بلا خلاف مع جريان هذا الدليل هناك أيضاً؛ بأن يقال: إن حق الموصى له ثابت في عين جميع الدار بأن ظهر للميت مال آخر وتخرج الدار من الثلث. وأما ثانياً فلأنه إن كان حق الموصى له ثابتاً في سكنى جميع الدار بمجرد احتمال ظهور مال آخر للميت وخروج الدار من الثلث فإما أن يكون حق الورثة أيضاً ثابتاً في سكنى جميع تلك الدار أو لا، فإن كان الأول يلزم أن يثبت في سكنى جميع الدار الواحدة في حالة واحدة حقوق أشخاص، واللازم

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

لما فرغ من أحكام الوصايا المتعلقة بالأعيان شرع في بيان أحكام الوصايا المتعلقة بالمنافع، وأخر هذا الباب لما أن المنافع بعد الأعيان وجوداً فأخرها عنها وضعاً. قال: **(وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره)** كلامه واضح، ويفيد الموافقة بين الوصية والعارية في كون كل منهما تمليك المنافع بغير عروض والمباينة بينهما وبين الإرث، لأن الوصية تعتمد التمليك والمنافع تقبل ذلك للحاجة حالة الحياة **(فكذا بعد الممات)** لأن الموت لا يزيلها والإرث خلافة **(فيما يتملكه المورث وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى)** وإذا جازت الوصية بمنفعة العبد جازت بغلته لأنها بدلها فأخذت حكمها **(والمعنى)** وهو الحاجة **(يشملهما)** يعني المنفعة والغلة. وقوله: **(فإن خرجت رقبة العبد)** فيه تفصيل وهو أنه إذا أوصى بخدمة عبده لشخص فإما أن قال أبداً أو جعل ذلك زماناً، فإن كان الأول وخرجت رقبة العبد من الثلث أو لم تخرج ولكن أجازت الورثة التسليم إليه يسلم إليه ليخدمه وإن لم تجزه الورثة خدم الورثة يومين والموصى له يوماً إلى أن يموت، وإن كان الثاني فإما أن عين سنة مثل أن يقول سنة ست وسبعين وسبعمائة أو لم يعين، فإن عين ومضت تلك المدة قبل موت الموصي بطلت

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

قال المصنف: **(وجه الظاهر أن حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار بأن ظهر للميت مال آخر)** أقول: قال الكاكي: ويعتبر هذا الاحتمال لأنه نشأ من دليل وهو إيصاء الميت بكل منافع الدار مع علمه أن الإيصاء بالزيادة على الثلث حرام شرعاً، فلو لم يكن له

ومؤيداً كما في العارية فإنها تمليك على أصلنا، بخلاف الميراث لأنه خلافه فيما يتملكه المورث وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى، وكذا الوصية بغلة العبد والدار لأنه بدل المنفعة فأخذ حكمها والمعنى يشتملها. قال: **(فإن خرجت رقبة العبد من الثلث يسلم إليه ليخدمه)** لأن حق الموصى له في الثلث لا يزاحمه الورثة **(وإن كان لا مال له غيره خدم الورثة يومين والموصى له يوماً)** لأن حقه في الثلث وحقهم في الثلثين كما في الوصية في العين ولا تمكن قسمة العبد أجزاء لأنه لا يتجزأ فصرنا إلى المهايأة إيفاء للحقين بخلاف الوصية بسكنى الدار إذا كانت لا تخرج من الثلث حيث تقسم عين الدار ثلاثاً للانتفاع لأنه يمكن القسمة بالأجزاء وهو أعدل للتسوية بينهما زماناً وذاتاً، وفي المهايأة تقديم أحدهما زماناً. ولو اقتسموا الدر مهايأة من حيث الزمان تجوز أيضاً لأن الحق لهم، إلا أن الأول وهو الأعدل أولى، وليس للورثة أن يبيعوا ما في أيديهم من ثلثي الدار. وعن أبي يوسف رحمه الله أن لهم ذلك لأنه خالص ملكهم. وجه الظاهر أن حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار بأن ظهر للميت مال آخر وتخرج الدار من الثلث، وكذا له حق المزاحمة فيما في أيديهم إذا خرب ما في يده، والبيع يتضمن إبطال ذلك

باطل لاستحالة أن يسكن أشخاص متعددة على حدة في جميع محل واحد في زمان واحد لاستلزامه تداخل الأجسام وظهور بطلان تعلق الحق بأمر محال، وإن كان الثاني يلزم أن لا يقسم عين الدار بين الموصى له والورثة أثلاثاً للانتفاع، وأن لا يقسم الدار بينهم مهايأة من حيث الزمان أثلاثاً لثبوت حق الموصى له في سكنى جميع الدار وعدم ثبوت حق الورثة في ذلك على الفرض. مع أن المسألة خلاف ذلك كما مر آنفاً في الكتاب قوله: **(فإنما تثبت هذه الولاية لمن تملكها تبعاً لملك الرقبة أو لمن تملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكاً لها بالصفة التي تملكها)** قال في العناية: واعترض عليه بإجازة الحرّ نفسه فإنه لا يملك منفعته تبعاً لملك رقبته ولا بعقد المعاوضة، ويجوز أن يملكها ببدل، وأجيب بأن كلام المصنف في الوصية فمراده بالمنفعة منفعة تجوز الوصية بها ومنفعة الحرّ ليست كذلك فلا يكون وارداً عليه اهـ. أقول: الجواب منظور فيه، لأن كون كلام المصنف في الوصية لا يقتضي كون مراده بالمنفعة المذكورة في مقدمات دليله منفعة تجوز الوصية بها، فإنّ مقدمات الدليل لا يلزم أن تكون مساوية للمدعي، بل لا بد من كلية الكبرى إذا كان إنتاج الدليل بطريق الشكل الأول وهاهنا كذلك. إذ حاصل هذا الدليل

الوصية، وإن مات الموصي بعد مضيّ البعض من تلك السنة أو مات قبل مضيها، فإن كان العبد يخرج من الثلث أو أجازت الورثة فإنه يسلم العبد إلى الموصى له حتى يستوفي وصيته، وإن كان لا يخرج ولم تجز الورثة يخدم الموصى له يوماً والورثة يومين حتى تمضي السنة التي عينها ثم يسلمه إلى ورثة، وإن لم يعين فإن كان العبد يخرج من ثلث المال أو لا يخرج وأجازت الورثة يسلم العبد إلى الموصى له ليستخدمه سنة كاملة ثم يردّه إلى الورثة، وإن لم يخرج ولم تجز الورثة يخدم الموصى له يوماً والورثة يومين إلى ثلاث سنين ثم يرده إلى الورثة، وهذا الحكم على خلاف ما إذا أوصى بغلة عبده سنة فإن له ثلث غلة تلك السنة على ما سنذكره. قال: **(فإن كان مات الموصى له عاد إلى الورثة)** إذا مات الموصى له عاد الموصى به إلى ورثة الموصى **(لأن الموصي أوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه، فلو انتقل الحكم إلى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصي)** لما تقدم أن الميراث خلافة فيما يتملكه المورّث، وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى، لكن يجوز أن يستحقها لذلك لأنه لم يرض به، واستحقاق الملك من غير مراضاة المالك لا يجوز ولو مات الموصى له في حياة الموصي بطلت الوصية **(لأن إيجابها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل)** أي في فصل اعتبار حالة الوصية في بيان الفرق بين جواز الإقرار وبطلان الوصية بقوله بخلاف الوصية لأنها إيجاب عند الموت **(ولو أوصى بغلة عبده أو داره)** فاستخدم العبد الموصي بغلته الموصى له بنفسه أو سكن الدار الموصى بغلتها بنفسه. اختلف المشايخ في ذلك على ما ذكره في الكتاب وهو واضح. وقوله: **(وليس للموصى له بالخدمة أن يؤجر العبد والدار)** واضح سوى ألفاظ نذكرها قوله: **(اعتباراً بالإعارة فإنها تمليك بغير بدل)** قد تقدم في باب العارية، وفي الحقيقة هذا المعنى راجع إلى الأصل المقرر وهو أن الشيء لا

فمنعوا عنه. قال: **(فإن كان مات الموصى له عاد إلى الورثة)** لأن الموصي أوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه، فلو انتقل إلى وارث الموصي له استحقها ابتداء من ملك الموصي من غير مرضاته وذلك لا يجوز **(ولو مات الموصى له في حياة الموصى بطلت)** لأن إيجابها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل. ولو أوصى بغلة عبده أو داره فاستخدمه بنفسه أو سكنها بنفسه قيل يجوز ذلك لأن قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود. والأصح أنه لا يجوز لأن الغلة دراهم أو دنانير وقد وجبت الوصية بها، وهذا استيفاء المنافع وهما متغايران ومتفاوتان في حق الورثة، فإنه لو ظهر دين يمكنهم أداؤه من الغلة بالاسترداد منه بعد استغلالها ولا يمكنهم من المنافع بعد استيفائها بعينها، وليس للموصى له بالخدمة والسكنى أن يؤاجر العبد أو الدر. وقال الشافعي: له ذلك لأنه بالوصية ملك المنفعة فيملك تمليكها من غيره ببدل أو غير بدل لأنها كالأعيان عنده، بخلاف العارية لأنها إباحة على أصله وليس بتمليك. ولنا أن الوصية تمليك بغير بدل مضاف إلى ما بعد الموت فلا يملك تمليكه ببدل اعتباراً بالإعارة فإنها تمليك بغير بدل في حالة الحياة على أصلنا، ولا يملك المستعير الإجارة لأنها تمليك ببدل، كذا هذا. وتحقيقه أن التمليك ببدل لازم وبغير بدل غير لازم، ولا يملك الأقوى بالأضعف والأكثر بالأقل، والوصية تبرّع غير لازم إلا أن الرجوع للمتبرّع لا لغيره والمتبرع بعد الموت لا يمكنه الرجوع فلهذا انقطع، أما هو في وضعه فغير لازم، ولأن المنفعة ليست بمال على أصلنا وفي تمليكها بالمال إحداث صفة المالية فيها تحقيقاً للمساواة في عقد المعاوضة، فإنما تثبت هذه الولاية لمن يملكها تبعاً لملك الرقبة، أو لمن يملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكاً

أن الخدمة والسكنى من قبيل المنافع والمنافع ليست بمال على أصلنا، وما ليس بمال في تمليكه بالمال إحداث صفة المالية فيه تحقيقاً للمساواة في عقد المعاوضة، وما في تمليكه إحداث صفة المالية فيه لا تثبت الولاية عليه بهذه الصفة إلا لمن تملكه تبعاً لملك الرقبة أو لمن تملكه بعقد المعاوضة حتى يكون مملكاً لها بالصفة التي تملكها ولا يكون مملكاً أكثر مما تملكه فإنه لا يجوز شرعاً، ولا يذهب على ذي مسكة أن ما عدا الصغرى من المقدمات المذكورة مع اقتضاء الأدلة الشرعية كلية كل واحدة منها في نفسها لا مجال لتقييد شيء منها بما يخرج به منفعة الحرّ لوقوعها في محل الكبرى من الشكل الأول تبصر قوله: **(ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة الخ)** قال صاحب

يتضمن ما فوقه. وقوله: **(إلا أن الرجوع للمتبرع لا لغيره)** جواب عما يقال الوصية وإن كانت غير لازمة ابتداء لكنها تصير لازمة بعد الموت لعدم قبولها الرجوع حينئذٍ. ووجه ذلك أن الاعتبار للموضوعات الأصلية والوصية في وضعها غير لازمة، وانقطاع الرجوع بموت الموصي من العوارض فلا معتبر به. وقوله: **(ولأن المنفعة)** دليل آخر. وقوله: **(وهذا لا يجوز)** يعني بناء على ما قال، ولا يملك الأقوى بالأضعف وهو ظاهر. واعترض عليه بإجارة الحرّ نفسه فإنه لا يملك منفعته تبعاً لملك رقبته ولا بعقد المعاوضة ويجوز له أن يملكها ببدل. وأجيب بأن كلام المصنف في الوصية، فمراده بالمنفعة منفعة تجوز الوصية بها، ومنفعة الحرّ ليست كذلك فلا يكون وارداً عليه. وقوله: **(إذا كان يخرج من الثلث)** احتراز عما إذا لم يخرج فإنه ليس له الإخراج إلى أهله إلا بإجازة الورثة. وقوله: **(وإذا كانوا في غيره)** أي في غير مصر الموصي. وقوله: **(ولو أوصى بغلة عبده أو بغلة داره)** قد علم جوازه فيما تقدم من طريقين ولعله ذكره تمهيداً لقوله: **(ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة)** يعني إذا لم تجز الورثة كانت الوصية بغلة عبده سنة، وتذكير الضمائر إما بتأويل المال أو نظراً إلى الخبر.

مال سوى هذه الدار لم يوص بجميع منافعها احترازاً عن المحرم شرعاً اهـ. وفيه تأمل قوله: **(فاستخدم العبد الموصى بغلته الموصى له)** أقول: قوله الموصى له فاعل استخدم قال المصنف: **(وقيل يجوز ذلك لأن قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود)** أقول: لا يخفى أن الأنسب للمقام كان أن يقول: لأن عين المنافع كقيمتها، لكنه قلب تنبيهاً على قوة المعنى وجوازها بطريق الأولى فليتأمل قوله: **(وتذكير الضمائر إما بتأويل المال أو نظراً إلى الخبر)** أقول: يعني من الخبر قوله بدل المنفعة قال المصنف: **(لأنه أوجب لكل واحد منهما شيئاً معلوماً عطفاً منه)** أقول: أي من محمدا أو من الموصي، فإن عطف قوله ولآخر برقبته بالواو على قوله أوصى له بخدمة عبده، كذا في شرح الكافي، والأقرب عندي هو الثاني قوله: **(ومعنى ذلك أنه عطف الخ)** أقول: يعني أن محمداً عطف الخ.

لها بالصفة التي تملكها، أما إذا تملكها مقصودة بغير عوض ثم ملكها بعوض كان مملكاً أكثر مما تملكه معنى وهذا لا يجوز، وليس للموصى له أن يخرج العبد من الكوفة إلا أن يكون الموصى له وأهله في غير الكوفة فيخرجه إلى أهله للخدمة هنالك إذا كان يخرج من الثلث، لأن الوصية إنما تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصي، فإذا كانوا في مصره فمقصوده أن يمكنه من خدمته فيه بدون أن يلزمه مشقة السفر، وإذا كانوا في غيره فمقصوده أن يحمل العبد إلى أهله ليخدمهم. ولو أوصى بغلة عبده أو بغلة داره يجوز أيضاً لأنه بدل المنفعة فأخذ حكم المنفعة في جواز الوصية به، كيف وأنه عين حقيقة لأنه دراهم أو دنانير فكان بالجواز أولى، ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة لأنه عين مال يحتمل القسمة بالأجزاء، فلو أراد الموصى له قسمة الدار بينه وبين الورثة ليكون

العناية: وقوله لما صحت الوصية لصاحب الخدمة كالبيان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد: يعني لو كانت الوصية بالخدمة منفردة كانت الرقبة ميراثاً للورثة والخدمة للموصى له من غير اشتراك فكذا إذا أوصى بالرقبة لإنسان آخر تكون الرقبة له والخدمة للموصى له بها، إذ الوصية أخت الميراث من حيث أن الملك فيهما يثبت بعد الموت اهـ. أقول: إن قوله السابق كالبيان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد ليس بسديد. والحق أن يقال: كالبيان والتفسير لما قبله من اعتبار هذه الحالة بحالة الانفراد، لأن قول المصنف ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة الخ، وكذا ما ذكره الشارح المزبور بقوله يعني لو كانت الوصية بالخدمة الخ إنما يفيد أن بيان اعتبار هذه الحالة بحالة الانفراد لا بيان حالة الانفراد وحدها كما لا يخفى على من له أدنى مسكة قوله: **(ولمحمد أن اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص، وكذا اسم الجارية يتناولها وما في بطنها)** قلت: ليس المراد بتناول اسم الخاتم للفص وبتناول اسم الجارية لما في بطنها تناولهما لهما لفظاً وأصالة، وإلا يلزم أن يخالف هذا ما مر في مسألة صحة الوصية بجارية إلا حملها من أن اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظاً ولكنه يستحق بالإطلاق تبعاً، فإذا أفرد الأم بالوصية صح إفرادها، ويلزم أن يخالف أيضاً ما مر في كتاب الإقرار من أن الفص لا يدخل في الخاتم لفظاً بل تبعاً، ولهذا لو أقر بخاتم لرجل واستثنى فصه لنفسه لم يصح الاستثناء ويكون الحلقة والفص جميعاً للمقرّ لأن الاستثناء تصرف في الملفوظ، بل إنما المراد ها هنا بتناول اسم الخاتم للفص واسم الجارية لما في بطنها تناولهما لهما تبعاً عند الإطلاق فترتفع المخالفة كما توهمها البعض قوله: **(ومن أصلنا أن العام الذي موجبه ثبوت الحكم على سبيل الإحاطة بمنزلة الخاص)** أقول: لا مجال للعموم في الألفاظ المذكورة في هاتيك المسائل، لأن الحلقة والفص بالنظر إلى اسم

وقوله: **(لأنه عين مال تحتمل القسمة بالأجزاء)** وكل ما هو كذلك تعلق الوصية بثلثه إن لم يخرج من الثلث، وفيه إشارة إلى الفرق بينها وبين الخدمة، فإن العبد لما لم يحتمل القسمة بالأجزاء صرنا إلى قسمة استيفاء الخدمة بطريق المهايأة إلى ما يستوفي خدمته سنة كاملة كما مر ذكره. وقوله: **(ولو أراد الموصى له قسمة الدار)** ظاهر إلى قوله: **(عطفاً منه لأحدهما على الآخر)** ومعنى ذلك أنه عطف قوله والآخر برقبته على قوله أوصى له بخدمة عبده **(فتعتبر هذه الحالة)** يريد حالة العطف **(بحالة الانفراد)** أي بحالة انفراد إحدى الوصيتين عن الأخرى فلا تتحقق المشاركة بينهما فيما أوجب لكل واحد منهما. وقوله: **(ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة)** كالبيان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد: يعني لو كانت الوصية بالخدمة منفردة كانت الرقبة ميراثاً للورثة **(والخدمة للموصى له)** من غير اشتراك **(فكذا إذا أوصى بالرقبة لإنسان آخر)** تكون الرقبة له والخدمة للموصى له بها **(إذ الوصية أخت الميراث من حيث أن الملك فيهما يثبت بعد الموت)** ثم العبد الموصي بخدمته لشخص وبرقبته لآخر إما أن يكون أدرك حدّ الخدمة أو لا، فإن كان الثاني فنفقته على الموصى له بالرقبة إلى أن يدرك الخدمة، لأن

قال المصنف: **(وكذلك في أخواتها)** أقول: والصواب في أختيها وهو الخاتم مع الفص والقوصرة مع التمر، كذا في شرح الكاكي. قال الإتقاني: أراد بأخواتها مسألة الخاتم مع الفص، ومسألة القوصرة مع التمر، ومسألة الشاة مع الصوف، ومسألة الدار مع البناء، ومسألة الـ بف والحلية والبستان والثمر الموجود مثل ذلك، والأرض والنخل مثل ذلك، وكل شيء يشبه هذا مما يكون الاسم في

هو الذي يستغل ثلثها لم يكن له ذلك إلا في رواية عن أبي يوسف فإنه يقول: الموصى له شريك الوراث وللشريك ذلك، فكذلك للموصى له، إلا أنا نقول: المطالبة بالقسمة تبتنى على ثبوت الحق للموصى له فيما يلاقيه القسمة إذ هو المطالب، ولا حق له في عين الدار، وإنما حقه في الغلة فلا يملك المطالبة بقسمة الدار، ولو أوصى له بخدمة عبده ولآخر برقبته وهو يخرج من الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة عليها لصاحب الخدمة، لأنه أوجب لكل واحد منهما شيئاً معلوماً عطفاً منه لأحدهما على الآخر فتعتبر هذه الحالة بحالة الانفراد ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة، فلو لم يوص في الرقبة بشيء لصارت الرقبة ميراثاً للورثة مع كون الخدمة للموصى له، فكذا إذا أوصى بالرقبة لإنسان آخر، إذ الوصية أخت الميراث من حيث أن الملك يثبت فيهما بعد الموت. ولهما نظائر، وهو ما إذا أوصى بأمة لرجل وبما في بطنها لآخر وهي تخرج من الثلث، أو أوصى لرجل بخاتم ولآخر بفصه، أو قال هذه القوصرة لفلان وما فيها من التمر لفلان كان كما أوصى، ولا شيء لصاحب الظرف في المظروف في هذه المسائل كلها، أما إذا فصل أحد الإيجابين عن الآخر فيها فكذلك الجواب عند أبي يوسف. وعلى قول محمد الأمة للموصى له بها والولد بينهما نصفان، وكذلك في أخواتها. لأبي يوسف أن بإيجابه في الكلام الثاني تبين أن مراده من الكلام الأول إيجاب الأمة للموصى له بها دون الولد، وهذا البيان منه صحيح وإن كان مفصولاً لأن الوصية لا تلزم شيئاً في حال حياة الموصي فكان البيان المفصول فيه والموصول سواء كما في وصية الرقبة والخدمة. ولمحمد

الخاتم، وكذا الجارية وما في بطنها بالنظر إلى اسم الجارية، وكذا القوصرة[1] وما فيها بالنظر إلى اسم القوصرة بمنزلة الأجزاء لمدلولات هذه الأسماء لا جزئيات معانيها، إذ لا يصدق معنى الخاتم على الفص وحده، ولا معنى الجارية على ما في بطنها وحده، ولا معنى القوصرة على ما في القوصرة من مثل التمر وحده. على أن الكلام في وصية خاتم بعينه وجارية بعينها وكل من هؤلاء جزئي خاص فكيف يتصوّر فيها العموم. فقوله ومن أصلنا أن العام بمنزلة الخاص بمنزلة اللغو ها هنا لا يخفى قوله: **(بخلاف ما إذا كان الكلام موصولاً لأن ذلك دليل التخصيص أو الاستثناء فتبين أنه أوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص)** أقول: فيه شيء، وهو أنه قد تقرر في كتاب الإقرار أن استثناء الفص من الخاتم غير صحيح لكون الاستثناء تصرفاً لفظياً غير عامل فيما يتناوله الاسم لفظا كالفص في الخاتم والنخلة في البستان والبناء في الدار، فما معنى قوله أو الاستثناء في قوله لأن ذلك دليل التخصيص أو الاستثناء قوله: **(ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبداً أو بأولادها أو بلبنها ثم مات فله ما في بطنها من الولد وما في ضروعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصي سواء قال أبداً أو لم يقل)** أقول:

بالإنفاق عليه تنمو العين وذلك منفعة لصاحب الرقبة، فإذا أدرك الخدمة صار كالكبير، والنفقة في الكبير على من له الخدمة لأنه إنما يتمكن من استخدامه بالإنفاق عليه، إذ العبد لا يقوى على الخدمة إلا به، وإن أبى الإنفاق عليه ردّه إلى من له الرقبة كالمستعير مع المعير، وإن جنى جناية فالفداء على من له الخدمة لأن التمكن من الاستخدام بالتطهير عن الجناية فيجب عليه التطهير. وقوله: **(ولها)** أي لهذه المسألة **(نظائر)** وقد ذكرها في الكتاب واضحة. وقوله: **(ولا شيء لصاحب الظرف)** وهو الأمة والخاتم والقوصرة **(في المظروف)** يعني الولد والفص والتمر **(في هذه المسائل كلها)** أما إذا كان أحد الإيجابين موصولاً بالآخر فبالاتفاق، وأما إذا كان أحدهما منفصلاً عن الآخر فكذلك عند أبي يوسف خلافاً لمحمد. وقوله: **(كما في وصية الرقبة والخدمة)** فإن الموصول والمفصول فيهما في الحكم سواء، وتأخير تعليل محمد والجواب عما استدل به أبو يوسف في الكتاب والمسبوط دليل على أن المعوّل على قول محمد. قال: **(ومن أوصى لآخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة)** المسائل المتعلقة بالاقتصار على الموجود من الموصى به والتعدّي إلى ما يحدث على وجوه ثلاثة: في وجه يقع على الموجود والحادث ما عاش الموصى له ذكر الأبد أو لم يذكر، كالوصية بغلة بستانه أو أرضه أو سكنى داره أو خدمه عبده فإن العرف

---

(١) القوصرّة بالتشديد والتخفيف: وعاء التمر يتّخذ من قصب اهـ مغرب

أن اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص، وكذلك اسم الجارية يتناولها وما في بطنها واسم القوصرة كذلك، ومن أصلنا أن العام موجبه ثبوت الحكم على سبيل الإحاطة بمنزلة الخاص فقد اجتمع في الفص وصيتان وكل منهما وصية بإيجاب على حدة فيجعل الفص بينهما نصفين، ولا يكون إيجاب الوصية فيه للثاني رجوعاً عن الأول، كما إذا أوصى للثاني بالخاتم، بخلاف الخدمة مع الرقبة لأن اسم الرقبة لا يتناول الخدمة وإنما يستخدمه الموصى له بحكم أن المنفعة حصلت على ملكه، فإذا أوجب الخدمة لغيره لا يبقى للموصى له فيه حق، بخلاف ما إذا كان الكلام موصولاً لأن ذلك دليل التخصيص والاستثناء، فتبين أنه أوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص. قال: **(ومن أوصى لآخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها، وإن قال له ثمرة بستاني أبداً فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش، وإن أوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل)** والفرق أن الثمرة اسم للموجود عرفاً فلا يتناول المعدوم إلا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الأبد لأنه لا يتأبد إلا بتناول المعدوم

في تحرير هذه المسألة بهذا الوجه سماجة، فإن الإطلاق المستفاد من قوله في ذيلها سواء قال أبداً أو لم يقل لا يناسب تقييد صدرها بقوله أبداً حيث قال ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبداً فالأولى ما ذكر في الكافي حيث ترك فيه قيد أبداً في صدر المسألة، أو ما ذكر في البداية حيث ترك فيها قوله في ذيلها سواء قال أبداً أو لم يقل تدبر قوله: **(لأنه إيجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الأشياء يومئذٍ)** أقول: لا يخفى على الفطن أن هذا التعليل ينقض بما تقدم من مسألتي الثمرة والغلة، فإن الإيصاء إيجاب بعد الموت في كل الصور مع أنه يقع فيما تقدم على القائم يومئذٍ وعلى الحادث بعده أيضاً بذكر قيد الأبد في الثمرة وبدون ذكره أيضا في الغلة، نعم كأن المصنف قصد تدارك ذلك بقوله هذا بخلاف ما تقدم الخ إلا أن هذا التعليل ها هنا بقي خالياً عن الفائدة، وإنما يحصل وجه هذه المسألة مما ذكره في الفرق الآتي قوله: **(إلا أن في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والإجارة فاقتضى ذلك جوازه في الوصية لطريق الأولى)** قال بعض المتأخرين: يرد عليه أن لنا أصلاً آخر، وهو أن الثابت بخلاف القياس مقصور على مورده، ولا قياس عليه غيره فكيف ألحقت به اهـ. أقول: لا ورود لما توهمه بل هو ساقط جداً، فإن مبناه أن يكون إلحاق الوصية بالثمرة والغلة بالمعاملة والإجارة بطريق القياس، وليس كذلك بل هو بطريق دلالة النص عليه، يرشد إليه قطعاً قول المصنف رحمه الله بالطريق الأولى وفي قوله فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بالطريق الأولى لأن الأولوية إنما تتصوّر في الدلالة دون القياس، وكون الشيء ثابتاً بخلاف القياس إنما ينافي القياس عليه، لأن من شرط القياس أن لا يكون المقيس عليه معدولاً عن سنن القياس دون الإلحاق به بطريق

فيها جار على الأبد، ويعتبر خروجه من الثلث. وفي وجه يقع على الموجود دون الحادث ذكر الأبد أو لم يذكره، كالوصية بالصوف على ظهر الغنم والولد في بطن جاريته واللبن في الضرع لأن المعدوم من هذه الأشياء لا يستحق به بوجه مّا. وفي وجه أن ذكر الأبد يقع على الموجود والحادث كالوصية بثمرة بستانه وإن لم يذكره. فإن كانت الثمرة موجودة قبل الموت تناولها، وإلا فالقياس أن تبطل الوصية، وفي الاستحسان يقع على الحادث إلى أن يموت الموصى له وجه القياس أن الثمرة في الموجود حقيقة وليست بموجودة فتبطل. ووجه الاستحسان حمله على المجاز عند انتفاء الحقيقة صوناً لكلام الموصي عن الإلغاء، والمصنف حمل الفرق بين الثمرة والغلة على العرف فيهما، ثم السقي والخراج وما فيه صلاح البستان على صاحب الغلة لأنه هو المنتفع بالبستان فصار كالنفقة في فصل الخدمة. وقوله: **(ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبداً)** ألى آخر

الوصية عاماً، فالوصية الثانية بمنزلة الاستثناء، كذا قال الكرخي في مختصره، إلى هنا كلام الإتقاني قال المصنف: **(وكذا اسم الجارية يتناولها وما في بطنها)** أقول: هنا نوع مخالفة لما أسلف في الوصية بجارية إلا حملها فراجعه متأملاً قال المصنف: **(واسم القوصرة كذلك)** أقول: فكان كل منها كالعام الذي الخ، ولا ينبغي أن يظن أن تلك الأسماء عمومات، فإنه ليس كذلك كما لا يخفى قوله: **(ذكر الأبد أو لم يذكر)** أقول: يعني أطلق ولم يذكر قيداً.

والمعدوم مذكور وإن لم يكن شيئاً، أما الغلة فتنتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة بعد أخرى عرفاً، يقال فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة أرضه وداره، فإذا أطلقت يتناولهما عرفاً غير موقوف على دلالة أخرى. أما الثمرة إذا أطلقت لا يراد بها إلا الموجود فلهذا يفتقر الانصراف إلى دليل زائد. قال: **(ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبداً أو بأولادها أو بلبنها ثم مات فله ما في بطونها من الولد وما في ضروعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصي سواء قال أبداً أو لم يقل)** لأنه إيجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الأشياء يومئذٍ، وهذا بخلاف ما تقدم. والفرق أن القياس يأبى تمليك المعدوم لأنه لا يقبل الملك، إلا أن في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والإجارة، فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بالطريق الأولى لأن بابها أوسع. أما الولد المعدوم وأختاه فلا يجوز إيراد العقد عليها أصلاً، ولا تستحق بعقد مّا، فكذلك لا يدخل تحت الوصية، بخلاف الموجود منها لأنه يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعاً وبعقد الخلع مقصوداً، فكذا بالوصية، والله أعلم بالصواب.

الدلالة، وقد مرّ مراراً نظائر هذا في الكتاب وشروحه فكيف خفي على ذلك البعض. ثم أقول: بقي لنا شيء فيما ذكره المصنف رحمه الله، وهو أن عقد المعاملة باطل غير مشروع عند أبي حنيفة كما تقرر في موضعه، فقوله ها هنا جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة لا يتمشى على قول أبي حنيفة، وإنما يتمشى على قول صاحبيه، فإن عقد المعاملة مشروع عندهما، والمسألة التي نحن فيها مما أنفقوا عليه فكيف يبني دليلها على ما اختلفوا فيه فتأمل.

الباب واضح، ولله درّ المصنف ما أجزل تركيبه وأحسن ترتيبه لا يرى معنى من المعاني يحتاج إلى تقرير إلا وتركيبه أوفى تأدية له من غيره. وقوله: **(وبعقد الخلع)** صورته أن تقول المرأة لزوجها خالعني على ما في بطن جاريتي أو غنمي صح وله ما في بطنها، وإن لم يكن في البطن شيء فلا شيء له، وما حدث بعد ذلك فللمرأة لأن ما في البطن قد يكون متقوّماً وقد لا يكون فلم يضره، حتى لو قالت على حمل جاريتي وليس لها حمل تردّ المهر.

باب وصية الذمي

قال: **(وإذا صنع يهودي أو نصراني بيعة أو كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث)** لأن هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة، والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذا هذا. وأما عندهما فلأن هذه معصية فلا تصح عندهما. قال: **(ولو أوصى بذلك لقوم مسمين فهو الثلث)** معناه إذا أوصى أن تبنى داره بيعة أو كنيسة فهو جائز من الثلث لأن الوصية

باب وصية الذمي

ذكر وصية الذمي بعد وصية المسلم لأن الكفار ملحقون بالمسلمين في أحكام المعاملات بطريق التبعية، فذكر التابع بعد المتبوع كذا قالوا. أقول: أكثر ما ذكر في هذا الباب ليس من قبيل المعاملات كما ترى، فتغليب الأقل على الأكثر غير معقول، والأظهر أن يقال: لما كان لبعض وصايا الكفار أحكام خاصة ذكر وصيتهم في باب على حدة وأخّره لخساستهم قوله: **(وإذا صنع يهودي أو نصراني بيعة أو كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث، هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة رحمه الله، والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذا هذا، وأما عندهما فلأن هذه معصية فلا تصح عندهما)** قال صاحب العناية في شرح هذا المحل: إذا صنع يهودي بيعة أو نصراني كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث بالاتفاق فيما بين أصحابنا على اختلاف التخريج، أما عنده فلأن هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة رحمه الله إذا كان لمسلم، فإن وقف المسلم في حال الحياة موروث بعد موته لكونه غير لازم فهذا أولى، وأما عندهما فلأن هذه الوصية معصية فلا تصح، إلى هنا لفظه. أقول: فيه خلل من وجوه: الأول أنه صرف البيعة إلى اليهودي والكنيسة إلى النصراني، وهو مخالف لما ذكره نفسه وسائر الشراح في كتاب الجهاد من أن الكنيسة اسم لمعبد اليهود والنصارى وكذلك البيعة اسم لمعبدهم مطلقاً في الأصل، ثم غلب استعمال الكنيسة لمعبد اليهود والبيعة لمعبد النصارى. وعبارة الكتاب هنا تحتمل صرف البيعة إلى النصارى والكنيسة إلى اليهود بطريق اللّف والنشر الغير المرتب. والثاني أنه قال: أما عنده وقال بعده فلأن هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة رحمه الله، وأضمر أبا حنيفة أوّلاً وأظهره ثانياً، وكان الأول مقام الإظهار والثاني مقام الإضمار، بخلاف عبارة المصنف فإنها على الأصل السديد

باب وصية الذمي

عقب وصية المسلم بوصية الذمي لكون الكفار ملحقين بالمسلمين في أحكام المعاملات **(وإذا صنع يهودي بيعة أو نصراني كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث)** بالاتفاق فيما بين أصحابنا على اختلاف الترجيح، أما عنده فلأن هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة إذا كان لمسلم، فإنّ وقف المسلم في حالة الحياة موروث بعد موته لكون غير لازم فهذا أولى **(وأما عندهما فلأن هذه)** الوصية معصية فلا **(تصح. ولو أوصى)** بذلك أي لو أوصى بأن تعمل بيعة أو كنيسة لقوم معينين **(فهو جائز من الثلث لأن في الوصية معنى الاستخلاف والتمليك)** وللذمي ولاية التمليك **(فأمكن تصحيحه)** أي تصحيح إيصائه **(على اعتبار المعنيين)** يعني الاستخلاف والتمليك فجعلناه من الثلث نظراً إلى الاستخلاف فجوزنا ذلك نظراً إلى التمليك، وإذا صار ملكاً للمسلمين صنعوا به ما شاءوا **(وإن أوصى أن تجعل داره كنيسة لقوم غير مسلمين)** يعني قوماً غير محصورين **(جازت الوصية عند أبي حنيفة وقالا: هي باطلة لأن هذه)** في الحقيقة **(معصية وإن كان في معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لما**

باب وصية الذمي

قوله: **(وإذا صنع يهودي بيعة أو نصراني كنيسة)** أقول: فيه نوع مخالفة لما أسلفه في كتاب السير. والأولى أن يجعل من قبيل اللف والنشر الغير المرتب قوله: **(وأما عندهما فلأن هذه الوصية معصية فلا تصح)** أقول: فيه بحث، إذ لا وصية هنا، والظاهر أن عبارة الوصية سهو من الناسخ، والأصل أن هذه الصنعة. نعم لو قال: لأن الوصية بالمعصية لا تصح فهذا أولى كان صحيحاً قوله: **(يعني الاستخلاف والتمليك فجعلناه من الثالث نظراً إلى الاستخلاف)** أقول: فيه نظر، فإن الاعتبار من الثلث إنما هو لتعلق حق الورثة بما زاد

فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك، وله ولاية ذلك فأمكن تصحيحه على اعتبار المعنيين. قال: **(وإن أوصى بداره كنيسة لقوم غير مسمين جازت الوصية عند أبي حنيفة، وقالا: الوصية باطلة)** لأن هذه معصية حقيقة وإن كان في معتقدهم قربة، والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها من تقرير المعصية. ولأبي حنيفة أن هذه قربة في معتقدهم ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون فتجوز بناء على اعتقادهم؛ ألا يرى أنه لو أوصى بما هو قربة حقيقة معصية في معتقدهم لا تجوز الوصية اعتباراً لاعتقادهم فكذا عكسه. ثم الفرق لأبي حنيفة بين بناء البيعة والكنيسة

حيث قال: لأنها بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة رحمه الله، والوقف عنده يورث فأظهر أبا حنيفة أوّلاً وأضمره ثانياً. والثالث أنه خص كون الوقف موروثاً عنده بالمسلم حيث قال: فإنّ وقف المسلم في حال الحياة موروث وبعد موته مع أن وقف الكافر أيضاً موروث عنده بلا تفاوت، بخلاف عبارة المصنف فإنها مطلقة حيث قال: والوقف عنده موروث بلا تخصيص بالمسلم. والرابع أنه قال: فلأن هذه الوصية معصية مع أنه لا وصية في مسألتنا هذه، فإن المذكور فيها صنع اليهودي أو النصراني في حال حياته بدون إضافة شيء إلى ما بعد موته، والوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت، بخلاف قوله المصنف فإن هذه معصية، إذ المشار إليه بهذه في قوله المذكور هي الصنيعة دون الوصية فلا غبار عليه قوله: **(لأن الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك، وله ولاية ذلك فأمكن تصحيحه على اعتبار المعنيين)** قال في العناية وغاية البيان: وإذا صار ملكاً للمسلمين صنعوا ما شاءوا ا هـ. أقول: هذا على أصلهما ظاهر، فإن الوصية بالمعصية باطلة عندهما وإن كانت في معتقدهم قربة كما سيجيء، فإذا بطلت حقيقة الوصية عندهما فيما نحن فيه لكون بناء البيعة والكنيسة معصية حقيقية وإن كان قربة في معتقد الكفار لزمهما المصير إلى ما في الوصية من معنى الاستخلاف والتمليك تصحيحاً لكلام العاقل مهما أمكن. وأما على أصل أبي حنيفة رحمه الله فغير ظاهر، لأن كون الموصى به قربة في معتقد الموصي كاف عنده في صحة الوصية كما سيجيء أيضاً، وفيما نحن فيه كذلك فينبغي أن تصح حقيقة الوصية عنده هنا كما تصح فيما إذا أوصى بذلك لقوم غير مسمين على ما سيأتي بدون المصير إلى اعتبار معنى الاستخلاف والتمليك في تصحيحها. والحاصل أن الظاهر أن يكون تخريج هذه المسألة على الاختلاف بين أبي حنيفه رحمه الله وصاحبيه وإن كان جوابها على الاتفاق بينهم كما في المسألة

في تنفيذها من تقريرها، ولأبي حنيفة) أن الاعتبار لمعتقدهم، فإنهم لو أوصوا بالحج لم يعتبر وإن كان عبادة عندنا بلا خلاف، فكذلك إذا أوصوا بما هو في معتقدهم عبادة صح وإن كان عندنا معصية، لأنا أمرنا أن نتركهم وما يدينون. قالوا: هذا الخلاف إذا أوصى ببناء بيعة أو كنيسة في القرى، فأما في المصر فلا يجوز بالاتفاق لأنهم لا يمكنون من إحداث ذلك في الأمصار، وذكر الفرق بين بناء البيعة والكنيسة والوصية بذلك. وقوله: **(لم تصر محررة لله حقيقة)** بل تحرّز على معتقدهم **(فتبقى ملكاً للباني فتورث عنه)** وقوله: **(ولأنهم يبنون)** دليل آخر على عدم التحرير لله تعالى. وقوله: **(بخلاف الوصية)** متصل بقوله إن البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني، والضمير في قوله: **(لأنه وضع)** وفي وفي قوله: **(ثبوت مقتضاه)** وقوله: **(فبقي على مقتضاه)** كلها راجع كلها راجع إلى الوصية بتأويل الإيصاء. وحاصل معناه أن الوصية وضعت لإزالة الملك، إلا أن لفظها تقاعد عن إفادة معناه وهو زوال الملك فيما إذا أوصى بما ليس بقربة في معتقدهم، فأما إذا لاقت ما هو قربة فيه

عليه مما سبق، ولهذا لو ملك في حياته حال المرض يعتبر من الثلث أيضاً؛ والأظهر أن النظر إلى المعنيين في التجويز. والصحيح كما يدل عليه عبارة المصنف، وللاعتبار من الثلث يعمل مما أسلفه قوله: **(والضمير في قوله لأنه وضع، وفي قوله ثبوت مقتضاه، وفي قوله فبقي على مقتضاه كلها راجع إلى الوصية)** المناسب لكلمة كلها أن يقول بصيغة الجمع وأن يقول راجعة قوله: **(والظاهر أنه لا منافاة بين كلاميه لأنه قال هناك: الصحيح وها هنا الأصح وهما يصدقان)** أقول: فيه بحث، فإنهم إذا قالوا هو الصحيح فهو في مقابلة الخطإ، بخلاف الصحة المفهومة من الحكم بالأصحية بالالتزام قال المصنف: **(وذلك من حق المستأمن أيضاً)** أقول: لا من حق ورثته حتى ينافي ما قلنا آنفاً قال المصنف: **(ولهذا يصح عقود التمليكات منه في حال حياته)** أقول: فيه شيء، فإن هذا الكلام إنما يناسب لإثبات جواز وصية المستأمن للمسلم أو الذمي، ويمكن التوجيه كما يشير إليه فليتأمل قوله: **(ولأن الذمي إذا أوصى)** أقول: في صحة هذا العطف تأمل.

وبين الوصية به أن البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني، وإنما يزول ملكه بأن يصير محرراً خالصاً لله تعالى كما في مساجد المسلمين، والكنيسة لم تصر محرّرة لله تعالى حقيقة فتبقى ملكاً للباني فتورث عنه، ولأنهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم يتحرّر لتعلق حق العباد به، وفي هذه الصورة يورث المسجد أيضاً لعدم تحرره، بخلاف الوصية لأنه وضع لإزالة الملك إلا أنه امتنع ثبوت مقتضاه في غير ما هو قربة عندهم فبقي فيما هو قربة على مقتضاه فيزول ملكه فلا يورث. ثم الحاصل أن وصايا الذمي على أربعة أقسام: منها أن تكون قربة في معتقدهم ولا تكون قربة في حقنا وهو ما ذكرناه، وما إذا أوصى الذمي بأن تذبح خنازيره وتطعم المشركين، وهذا على الخلاف إذا كان لقوم غير مسمين كما ذكرناه والوجه ما بيناه. ومنها إذا أوصى بما يكون قربة في حقنا ولا يكون قربة في معتقدهم، كما إذا أوصى بالحج أو بأن يبنى مسجد للمسلمين أو بأن يسرج في مساجد المسلمين، فهذه الوصية باطلة بالإجماع اعتباراً لاعتقادهم، إلا إذا كان لقوم بأعيانهم لوقوعه تمليكاً لأنهم معلومون والجهة مشورة. ومنها إذا أوصى بما يكون قربة في حقنا وفي حقهم، كما إذا أوصى بأن يسرج في بيت المقدس أو يغزي الترك وهو من الروم، وهذا جائز سواء كانت لقوم بأعيانهم أو بغير أعيانهم لأنه وصية بما هو قربة حقيقة وفي معتقدهم أيضاً. ومنها إذا أوصى بما لا يكون قربة لا في حقنا ولا في حقهم، كما إذا أوصى للمغنيات والنائحات، فإن هذا غير جائز لأنه معصية في حقنا وفي حقهم، إلا أن يكون لقوم بأعيانهم فيصح تمليكاً واستخلافاً، وصاحب الهوى إن كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلم لأنا أمرنا ببناء الأحكام على الظاهر. وإن كان يكفر فهو بمنزلة المرتدّ فيكون على

السابقة، وأسلوب تحرير ما في الكتاب وشروحه يشعر باتفاقهم في التخريج أيضاً فليتأمل قوله: **(ثم الفرق لأبي حنيفة رحمه الله، إلى قوله: والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة)** قال في العناية بل تحرر على معتقدهم. أقول: لقائل أن يقول: إن أصل أبي حنيفة رحمه الله أن كون الشيء قربة في معتقدهم كاف بناء على أنا أمرنا بأن نتركهم وما يعتقدون، فالاعتبار عنده لاعتقادهم دون الحقيقة كما مر آنفاً فلم لم يعتبر هنا كون الكنيسة أو البيعة محررة في معتقدهم حتى يزول ملك الباني عنها. فإن قلت: إنهم يبنون فيها الحجرات ويسكنون فلم تحرّر لله تعالى لتعلق حق العباد بها. قلت: هذا مصير إلى التعليل الثاني الذي ذكره بقوله ولأنهم يبنون فيها الحجرات إلى آخره. والكلام في التعليل الأول فلا معنى للخط قوله: **(ولأنهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم يتحرّر لله تعالى لتعلق العباد به)** قال صاحب العناية: قوله ولأنهم يبنون فيها الحجرات دليل آخر على عدم التحرر لله تعالى اهـ. أقول: فيه نظر، لأن كون هذا دليلاً آخر على عدم التحرر لله تعالى يقتضي سبق دليل أول عليه، ولا يذهب على الناظر في كلام المصنف أنه لم يذكر فيه قبل هذا ما يكون دليلاً عليه، وإنما قال من قبل والكنيسة لم تصر محرّرة لله تعالى حقيقة، وهذا دعوى بلا دليل. ثم أقول: الحق عندي أن قوله ولأنهم يبنون فيها الحجرات الخ دليل آخر على الفرق لأبي حنيفة بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية عطف بحسب المعنى على قوله إن البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني الخ، كأنه قال: ثم الفرق لأبي حنيفة رحمه الله تعالى بينهما لأن البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني، ولأنهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها الخ تبصر قوله: **(وفي المرتدة الأصح أنه تصح وصاياها لأنها تبقى**

عملت عملها. وقوله: **(ثم الحاصل أن وصايا الذمي الخ)** واضح قوله: **(وهو ما ذكرناه)** يريد به الوصية ببناء البيعة أو الكنيسة. وقوله: **(كما ذكرناه)** يعني من الخلاف في الوصية بالبيعة والكنيسة. وقوله: **(والوجه ما بيناه)** أي من الجانبين، وهو أن المعتبر عنده اعتقادهم، وعندهما أنه وصية بمعصية قوله: **(والجهة مشورة)** يعني أنّ كلامه في صرف المال الموصى به إلى استضاءة المسجد وغيرها خرج منه على طريق المشورة لا على طريق الإلزام وقوله: **(على الخلاف المعروف في تصرفاته)** يعني أنها جائزة عندهما موقوفة عند أبي حنيفة إن أسلم نفذ كسائر تصرفاته وإلا فلا. وقوله: **(وفي المرتدة الأصح أنه تصح وصاياها لأنها تبقى على الردة)** وصارت كالذمية. قال في النهاية: وذكر صاحب الكتاب في الزيادات على خلاف هذا، وقال: قال بعضهم لا تكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح حتى لا يصح منها وصية. والفرق بينها وبين الذمية أن الذمية تقرّ على اعتقادها، وأما المرتدة فلا تقر على اعتقادها، والظاهر أنه لا منافاة بين كلاميه لأنه قال هناك الصحيح وها هنا الأصح وهما

الخلاف المعروف في تصرفاته بين أبي حنيفة وصاحبيه. وفي المرتدة الأصح أنه تصح وصاياها لأنها تبقى على الردة، بخلاف المرتد لأنه يقتل أو يسلم. قال: **(وإذا دخل الحربي دارنا بأمان فأوصى لمسلم أو ذمي بماله كله جاز)** لأن امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة ولهذا تنفذ بإجازتهم، وليس لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب إذ هم أموات في حقنا، ولأن حرمة ماله باعتبار الأمان، والأمان كان لحقه لا لحق ورثته، ولو كان أوصى بأقل من ذلك أخذت الوصية ويردّ الباقي على ورثته وذلك من حق المستأمن أيضاً. ولو أعتق عبده عند الموت أو دبر عبده في دار الإسلام فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث لما بينا، وكذلك لو أوصى له مسلم أو ذمي بوصية جاز لأنه ما دام في دار الإسلام فهو في المعاملات بمنزلة الذمي، ولهذا تصح عقود التمليكات منه في حال حياته، ويصح تبرعه في حياته فكذا بعد مماته. وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه لا يجوز لأنه مستأمن من أهل الحرب إذ هو على قصد الرجوع ويمكن منه، ولا يمكن من زيادة المقام على السنة إلا بالجزية. ولو أوصى الذمي بأكثر من الثلث أو لبعض ورثته لا يجوز اعتباراً بالمسلمين لأنهم التزموا أحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات. ولو أوصى لخلاف ملّته جاز اعتباراً بالإرث إذ الكفر كله ملّة واحدة، ولو أوصى لحربيّ. في دار الإسلام لا يجوز لأن الإرث ممتنع لتباين الداين والوصية أخته، والله أعلم بالصواب.

على الردة، بخلاف المرتد لأن يقتل أو يسلم) قال صاحب النهاية: ذكر صاحب الكتاب في الزيادات على خلاف هذا، وقال: قال بعضهم: إنها لا تكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح حتى لا تصح منها وصية، والفرق بينها وبين الذمية أن الذمية تقرّ على اعتقادها، وأما المرتدة فلا تقرّ على اعتقادها اهـ. وقال صاحب العناية بعد نقل هذا عن النهاية: والظاهر أنه لا منافاة بين كلاميه لأنه قال هناك الصحيح وهنا الأصح وهما يصدقان ا هـ. أقول: ليس هذا بتوفيق صحيح، إذ لا شك أن مراد من قال في الخلافيات هو الصحيح يرجح هذا القول على القول الآخر لا بيان مجرد صحته مع رجحان الآخر. كما أن مراد من قال هو الأصح ترجيحه على الآخر بل قوله هو الصحيح دل على الترجيح من قوله هو الأصح. ولا ريب أن ترجيح أحدهما على الآخر ينافي ترجيح الآخر عليه ولا يمكن أن يصدقا معاً قوله: **(ولو أوصى لحربي في دار الإسلام لا يجوز، لأن الإرث ممتنع لتباين الدارين والوصية أخته)** أقول: هذا التعليل الذي حاصله قياس الوصية على الإرث منقوض بمسائل متعددة مرت في الكتاب آنفاً: منها ما إذا دخل الحربي دارنا بأمان فأوصى لمسلم أو ذمي بماله كله فإنه جائز، مع أن الإرث ممتنع بين الذمي والحربي لتباين الدارين. وبين المسلم والحربي لاختلاف الدينين ولتباين الدارين حكماً. ومنها ما إذا أوصى ذمي لحربي مستأمن بوصية فإنه جائز في ظاهر الرواية، مع أنه لا توارث بينهما لتباين الدارين حكماً. ومنها ما إذا أوصى مسلم لمستأمن بشيء فإنه أيضاً جائز في ظاهر الرواية مع أنه لا توارث بين المسلم والكافر أصلاً لاختلاف الدينين ولتباين الدارين أيضاً إذا كان الكافر حربياً ولو كان مستأمناً.

يصدقان، وقوله: **(وإذا دخل الحربي دارنا بأمان فأوصى لمستأمن أو ذمي بماله كله جاز)** قيل هذا إذا لم تكن الورثة معه، أما إذا كانت فإنها تتوقف على إجازتهم، وإلى هذا أشار بقوله: **(وليس لورثته حق شرعي لكونهم في دار الحرب)** وقوله: **(وذلك في حق المستأمن أيضاً)** جواب عما يرد على قوله ورد الباقي على الورثة وهو أن يقال قد قلت: ليس لورثته حق شرعي لكونهم في دار الحرب، فكيف يردّ عليهم الباقي. ووجهه أن ذلك الردّ على الورثة أيضاً مراعاة لحق المستأمن، لأن من حقه تسليم ماله إلى ورثته عند الفراغ من حاجته والزيادة على مقدار ما أوصى به فارغ عن ذلك. وقوله: **(لما بينا)** إشارة إلى قوله لأن امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة الخ. وقوله: **(ولو أعتق عبده عند الموت الخ)** ظاهر. وقوله: **(ولو أوصى لحربيّ في دار الإسلام)** دار الإسلام ظرف لأوصى لا لقوله حربي: أي لو أوصى الذمي في دار الإسلام لحربي في دار الحرب لم يجز لتباين الدارين، ولأن الذمي إذا أوصى لحربي في دار الإسلام جاز على ما ذكر قبل هذا بقوله وكذا لو أوصى له: أي للمستأمن مسلم أو ذمي بوصية جاز، والله سبحانه وتعالى أعلم.

باب الوصي وما يملكه

قال: (ومن أوصى إلى رجل فقبل الوصي في وجه الموصي وردها في غير وجهه فليس بردّ) لأن الميت مضى معتمداً عليه، فلو صح رده في غير وجهه في حياته أو بعد مماته صار مغروراً من جهته فردّ رده، بخلاف الوكيل

باب الوصي وما يملكه

لما فرغ من بيان أحكام الموصى له شرع في بيان أحكام الموصى إليه وهو الوصي، وقدم أحكام الموصى له لكثرتها وكثرة وقوعها فكانت الحاجة إلى معرفتها أمسّ قوله: (بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه أو ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه) قال صاحب النهاية: هذا الذي ذكره مخالف لعامة روايات الكتب من الذخيرة والتتمة وأدب القاضي للصدر الشهيد والجامع الصغير للإمام المحبوبي وفتاوى قاضيخان، لأنه ذكر في هذه الكتب أن الوكيل إذا عزل نفسه عن الوكالة حال غيبة الموكل لا يصح. حتى لو عزل نفسه من غير علم الموكل لا يخرج عن الوكالة، وموضعه في الذخيرة الفصل الثاني من وكالتها، والفصل العاشر من التتمة، والباب السابع والستون من أدب القاضي، وباب بيع الأوصياء من وصايا الجامع الصغير، وفصل التوكيل بالخصومة من فتاوى قاضيخان، إلى هنا لفظ صاحب النهاية. وقال صاحب الغاية: وهذا القيد هو قوله بغير عينه احتراز عن الوكيل بشراء عبد بعينه لأنه لا يملك عزل نفسه ثمة أيضاً بغير علم الموكل كما في الوصي لأنه يؤدي إلى تغرير الموكل، بخلاف ما إذا كان وكيلاً بشراء عبد بغير عينه حيث يملك عزل نفسه لأنه لا يؤدي إلى تغرير الآمر، وهذا فيما إذا وكله بشراء شيء بعينه له أن يعزل نفسه بغير محضر الموكل على قول بعض المشايخ، وإليه أشار صاحب الهداية في كتاب الوكالة في فصل الشراء بقوله ولا يملكه على ما قيل إلا بمحضر من الموكل: أي لا يملك الوكيل عزل نفسه بغير علم الموكل على قول بعض المشايخ، فعن هذا عرفت أن ما قال بعضهم في شرحه هذا قاله صاحب الهداية مخالف لعامة روايات الكتب كالتتمة والذخيرة وغيرهما ليس بشيء، لأن المراد بما ذكر في التتمة وغيرها من قولهم الوكيل لا

باب الوصي وما يملكه

لما فرغ من بيان الموصى له شرع في بيان أحكام الموصى إليه وهو الوصي لما أن كتاب الوصايا يشمله، لكن قدم أحكام الموصى له لكثرتها وكثرة وقوعه فكانت الحاجة إلى معرفتها أمس (ومن أوصى إلى رجل) أي جعله وصياً (فقبل الوصيّ في وجه الموصي) أي بعلمه (وردّها في غير وجهه) أي بغير علم الموصي، هكذا ذكره في الذخيرة، إشارة إلى أن المقصود بذلك علم الموصي ليتدارك حاله عند ردّ الموصي (فليس بردة لأن الميت مضى لسبيله) أي الموصي مات معتمداً عليه، فلو صحّ رده بغير علمه في حياته أو بعد مماته صار مغروراً من جهته وهو إضرار لا يجوز فيردّ رده، وطولب بالفرق بين الموصى له والموصى إليه في أن قبول الأول في الحال غير معتبر حتى لو قبله في حال حياة الموصي ثم رده بعد وفاته كان صحيحاً، بخلاف الثاني على ما ذكرتم. وأجيب بأن نفع الأوّل بالوصية لنفسه ونفع الثاني للموصي فكان في رده بغير علمه إضرار به فلا يجوز، بخلاف الأول، لأن الموصى به يرجع إلى ورثة الموصي ولا ضرر له في ذلك، ويشير إلى هذا الجواب قوله: (بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه أو ببيع ماله حيث يصح ردّه في غير وجهه) أي في غيبته وبغير علمه. (لأنه لا ضرر هناك لأنه حيّ قادر على التصرف بنفسه) فإنه جعل علة جوازه عدم الضرر كما في رد الموصى له. قال صاحب النهاية: هذا الذي ذكره مخالف لعامة روايات الكتب من التتمة والذخيرة وأدب القاضي للصدر الشهيد والجامع الصغير للإمام المحبوبي وفتاوى قاضيخان، ونقل عن كل واحد منها ما يدل على أن الوكيل إذا عزل نفسه عن الوكالة حال غيبة الموكل لا يصح، حتى لو عزل نفسه من غير علم الموكل لا يخرج عن الوكالة، ولكن ليس فيما نقله ما يدل على الوكيل بشراء شيء بغير عينه، وعن هذا قال بعض الشارحين: رواية عامة الكتب فيما إذا كان وكيلاً بشراء شيء بعينه، وقد أشار إليه المصنف في

باب الوصي وما يملكه

بشراء عبد بغير عينه أو ببيع ماله حيث يصح ردّه في غير وجهه لأنه لا ضرر هناك لأنه حيّ قادر على التصرف بنفسه **(فإن ردها في وجهه فهو ردّ)** لأنه ليس للموصي ولاية إلزامه التصرف، ولا غرور فيه لأنه يمكنه أن ينيب غيره **(وإن**

يملك إخراج نفسه عن الوكالة بغير علم الموكل ما إذا كان وكيلاً بشراء شيء بعينه لا بشراء شيء بغير عينه. ومراد صاحب الهداية هنا ما إذا كان وكيلاً بشراء شيء بغير عينه فتوافقت الروايات جميعاً ولم تختلف، إلى هنا كلام صاحب الغاية، وإلى هذا مال صاحب العناية أيضاً كما يظهر من تقريره في شرحه. أقول: بل ليس هذا التوفيق بشيء لأنهم عقدوا في أكثر المعتبرات لعزل الوكيل فصلاً على حدة أو باباً على حدة وبينوا فيه عدم صحة عزل الموكل للوكيل بغير علم الوكيل، وكذا عدم صحية عزل الوكيل نفسه بغير علم الموكل من غير تقييد بشيء، فهل يجوّز العقل أن يكون مرادهم بذلك ما إذا كان وكيلاً بشراء شيء بعينه فيكون عقد الفصل أو الباب لبيان حكم العزل في مسألة بعينها من مسائل الوكالات بعبارة مطلقة، ويكون حكم العزل في سائرها متروك الذكر بالكلية في عامة روايات الكتب، ولعمري إن حمل كلام الثقات على مثل ذلك سفسطة لا تخفى، ولذكر من بينها بعبارة الذخيرة لعلك تأخذ منها حصة قال فيها: الفصل الثاني في رد الوكالة من الوكيل وفي عزل الوكيل، وقال: قد ذكرنا أن الوكيل إذا رد الوكالة ترتد، ولكن هذا إذا علم الموكل بالرد، وإن لم يعلم فلا ترتد حتى إن من وكل غائباً فبلغه الخبر فرد الوكالة ولم يعلم الموكل به ثم قبل الوكيل الوكالة صح قبوله وصار وكيلاً. ثم قال: ولا يصح عزل الوكيل من غير علم الوكيل، ولا يخرج عن الوكالة عندنا الوكيل بالخصومة والوكيل بالبيع والشراء والنكاح والطلاق وسائر التصرفات في ذلك على السواء. ثم قال: وكذلك إذا عزل نفسه لا يصح عزله من غير علم الموكل ولا يخرج عن الوكالة انتهى. انظر بعين البصيرة هل فيه ما يساعد التقييد بما إذا كان وكيلاً بشراء شيء بعينه، وعن هذا قال صاحب الكافي ها هنا يدل قول المصنف بخلاف الوكيل بشراء عبد بعينه الخ؛ ألا يرى أن الوكيل إذا أخرج نفسه من الوكالة لا يصح إلا بعلم الموكل دفعاً للغرر والضرر المنهيين، فأن يجب نفي الغرر والضرر عن الميت وهو أحق بالنظر أولى انتهى قوله: **(لأنه لا ضرر هناك لأنه حي قادر على التصرف بنفسه)** أقول: لقائل أن يقول: هذا التعليل ينتقض بصورة ردّ الوصيّ في غير وجه الموصى في حياته، فإن الموصي حي قادر على التصرف بنفسه في حال حياته، مع أنه لا يصح ردّ الوصيّ الوصية في غير وجه الموصي بعد أن قبلها في وجهه لا في حياته ولا بعد مماته كما تقدم آنفاً، والجواب أن معنى الإيصاء إلى أحد استخلافه بعد الموت لا في حال الحياة، فالتصرف الذي يرفعه الموصي الى الوصي إنما هو التصرف الكائن بعد موته، ولا شك أنه ليس بقادر في حياته على التصرف الحاصل بعد مماته. كما أنه لَيس بقادر عليه بعد مماته بلا شبهة فلا انتقاض. نعم إنه يقدر في حياته على الإيصاء إلى الآخر بدل الأول إذا علم ردّ الأول، لكن الكلام هنا في عدم صحة رد الوصي بغير علم الموصي فإن معنى قوله في غير وجهه بغير علمه، ومعنى قوله بوجهه بعلمه كما نص عليه في الذخيرة وذكر في الشروح أيضاً قوله: **(وإذا كانت خلافة لا تتوقف على العلم كالوراثة)** أقول: يرد عليه أن يقال: هب أن الوصاية خلافة لكنها ليست بخلافة

كتاب الوكالة في فصل الشراء بقوله على ما قيل إلا بمحضر من الموكل، وذلك أيضاً قوله المشايخ على ما يشير إليه قوله قيل وسببه الإضرار بغيره، وأما إذا كان وكيلاً بشراء شيء بغير عينه فليس فيه ذلك. وقوله: **(وإن لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار إن شاء قبل وإن شاء لم يقبل، لأن الموصي ليس له ولاية الإلزام فبقي مخيراً)** يعني كمن وكل حال حياته، فإنه ما لم يوجد من الوكيل قبول نصاً ولا دلالة كان بالخيار. قيل كان يجب أن لا يكون مخيراً لأنه لما بلغه الإيصاء ولم يرده اعتمد عليه الموصي ولم يوص إلى غيره وفي ذلك ضرر به والضرر مرفوع. وأجيب بأن الموصي مغترّ حيث لم يسأله عن الرد والقبول فلا يبطل الاختيار، بخلاف ما إذا قبل ثم رد في غيبته فإنه غارّ فيبطل اختياره. وقوله: **(فلو أنه باع شيئاً من تركته)** بيانه أن القبول يجوز أن يكون دلالة فإنها تعمل عمل الصريح إذا لم يوجد صريح يخالفه لكنه يعتبر ذلك بعد

لم يقبل ولم يردّ حتى مات الموصي فهو بالخيار إن شاء قبل وإن شاء لم يقبل) لأن الموصي ليس له ولاية الإلزام فبقي مخيراً، فلو أنه باع شيئاً من تركته فقد لزمته، لأن ذلك دلالة الالتزام والقبول وهو معتبر بعد الموت، وينفذ البيع لصدوره من الوصي، وسواء علم بالوصاية أو لم يعلم، بخلاف الوكيل إذا لم يعلم بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ لأن الوصاية خلافة لأنه يختص بحال انقطاع ولاية الميت فتنتقل الولاية إليه، وإذا كانت خلافة لا تتوقف على العلم كالوراثة. أما التوكيل إنابة لثبوته في حال قيام ولاية المنيب فلا يصح من غير علمه كإثبات الملك بالبيع والشراء وقد بينا طريق العلم وشرط الإخبار فيما تقدم من الكتب. **(وإن لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا أقبل ثم قال أقبل فله**

ضرورية كالوراثة بل هي خلافة اختيارية؛ ألا يرى أنه لو لم يقبلها الموصى إليه ولم يردها حتى مات الموصي فهو بالخيار، إن شاء قبل وإن شاء لم يقبل كما مر في الكتاب آنفاً، فإذا كانت خلافة يتوقف ثبوتها على اختيار الموصى إليه إياها فعدم توقف ثبوتها على عمل الموصى إليه بها مشكل جداً، إذ لا يخفى أن اختيار شيء وقبوله بدون العلم به متعسر بل متعذر فليتأمل قوله: **(وقد بينا طريق العلم وشرط الإخبار فيما تقدم من الكتب)** قال جمهور الشراح: ومن تلك الكتب ما ذكره المصنف في فصل القضاء بالمواريث من كتاب أدب القاضي بقوله ومن أعلمه الناس بالوكالة يجوز تصرفه ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل، وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: هو والأول سواء: أي الواحد فيما يكفي انتهى. وقال بعض المتأخرين: قوله فيما تقدم من الكتب «ما» عبارة عن الكتب، ومن للتبعيض: أي بيناه في بعض الكتب المتقدمة أراد به كتاب القضاء وليس ما عبارة عن الكتب، ومن للتبيين كما فهم ذلك من تقرير بعض الشراح، إذ ليس لما ذكره أثر في غير كتاب القضاء أصلاً انتهى. أقول: ليس ما قاله هذا البعض بصحيح، لأن المصنف كما ذكره في كتاب أدب القاضي ذكره في كتاب الوكالة وفي كتاب الشفعة أيضاً، فإنه قال في باب عزل الوكيل من كتاب الوكالة: فإن لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم، ثم قال فيه: وقد ذكرنا اشتراط العدد أو العدالة في المخبر فلا نعيده. وقال في باب طلب الشفعة والخصومة فيها من كتاب الشفعة: وإذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الإشهاد حتى يخبره رجلان أو رجل وامرأتان أو واحد عدل عند أبي حنيفة، وقالا: يجب عليه أن يشهد إذا أخبره واحد حراً كان أو عبداً صبياً أو امرأة إذا كان الخبر حقاً. وأصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله وأخواته فيما تقدم انتهى. والعجب من ذلك القائل أنه كيف اجترأ على الحكم بأن ليس لما ذكره أثر في غير كتاب القضاء أصلاً بدون التتبع لما تقدم من

الموت. وقوله: **(وقد بينا طريق العلم وشرط الإخبار فيما تقدم من الكتب)** من ذلك ما ذكره في كتاب أدب القاضي في فصل القضاء بالمواريث: ومن أعلمه الناس بالوكالة يجوز تصرفه، ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: هو والأول سواء: أي الواحد فيهما يكفي. وقوله: **(وإن لم يقبل حتى مات الموصى فقال لا أقبل)** يعني أن الوصي إذا سكت في حياة الموصي ثم بعد مماته قال لا أقبل ثم قبل فهو وصيّ إن لم يخرجه القاضي حين قال لا أقبل، لأن بمجرد قوله لا أقبل، لا يبطل الإيصاء عندنا خلافاً لزفر، لأن في إبطاله مضرة بالميت وفي إبقائه ضرر للوصي، لكن الأول أعلى لكونه غير مجبور بشيء والثاني مجبور بالثواب، ودفع الأعلى من الضرر أولى لا محالة. وقوله: **(إلا أن القاضي إذا أخرجه)** استثناء من قوله فله ذلك: يعني أن القاضي إذا أخرجه عنها حين قال لا أقبل لا يصح قبوله بعد ذلك. واختلف المشايخ في تعليل صحة هذا الإخراج، فمنهم من قال: القاضي حكم في فصل مجتهد فيه فينفذ. وإليه ذهب الإمام شمس الأئمة السرخسي وهو الذي اختاره المصنف، ومنهم من قال: إنما صح لأن الوصاية لو صحت بقبوله كان للقاضي أن يخرجه ويصح الإخراج فهنا أولى، وإليه ذهب شمس الأئمة الحلواني والباقي واضح. قال: **(ومن أوصى إلى عبد أو كافر الخ)** ومن أوصى إلى عبد غيره أو كافر ذمي أو مستأمن أو حربي أو فاسق أخرجهم القاضي عن الوصية ونصب

قوله: **(وعن هذا قال بعض الشارحين)** أقول: يعني الإتقاني.

ذلك إن لم يكن القاضي أخرجه من الوصية حين قال لا أقبل) لأن بمجرد قوله لا أقبل لا يبطل الإيصاء، لأن في إبطاله ضرراً بالميت وضرر الوصي في الإبقاء مجبور بالثواب، ودفع الأول وهو أعلى أولي، إلا أن القاضي إذا أخرجه عن الوصاية يصح ذلك لأنه مجتهد فيه، إذ للقاضي ولاية دفع الضرر، وربما يعجز عن ذلك فيتضرر ببقاء

الكتب قوله: **(إلا أن القاضي إذا أخرجه عن الوصاية يصح ذلك)** قال عامة الشراح: قوله إلا أن القاضي إذا أخرجه استثناء من قوله ثم قال أقبل فله ذلك: يعني أن القاضي إذا أخرجه عنها قال لا أقبل لا يصح قبوله بعد ذلك انتهى. أقول: فيه نظر، لأن المصنف قيد قوله فله ذلك إن لم يكن القاضي أخرجه قال لا أقبل، وذلك القيد يفيد بمفهوم المخالفة أن القاضي إذا أخرجه عن الوصاية لم يكن له ذلك: أي لم يصح قبوله، والمفهوم معتبر في الروايات بالإجماع كما نصوا عليه، فلم يبق احتياج إلى استثناء ما إذا أخرجه القاضي عن الوصايا من قوله فله ذلك، فلو كان قوله هنا إلا أن القاضي إذا أخرجه استثناء من قوله فله ذلك يلزم الاستدراك في الكلام كما لا يخفى، فالوجه عندي أن يكون قوله هنا إلا أن القاضي إذا أخرجه استثناء من قوله في قربه ودفع الأول وهو الأعلى أولى، فيكون هذا الاستثناء داخلاً في حيز تعليل مسألة الكتاب ويكون ناظراً إلى مفهوم قيدها وهو قوله إن لم يكن القاضي أخرجه حين قال لا أقبل، كما أن ما قبل هذا الاستثناء كان ناظراً إلى منطوق أصلها. ويؤيده أن هذا الاستثناء لم يكن مذكوراً في البداية أصلاً مع كون المسألة مذكورة هناك أيضاً بحالها قوله: **(وقيل قول محمد مضطرب يروى مرة مع أبي حنيفة ومرة مع أبي يوسف)** قال صاحب العناية: ولنا في هذا القيل نظر، لأن كبار الثقات المتقدمين على صاحب الهداية كلهم ذكروا قول محمد مع أبي يوسف بلا اضطراب، كالطحاوي في مختصره والكرخي في مختصره وأبي الليث في نكت الوصايا والقدوري في التقريب وشمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي وصاحب المنظومة فيها وفي شرحها وغيرهم من أصحابنا ا هـ. أقول: نظره ساقط، إذ لا يلزم من أن يذكر قول محمد مع أبي

غيرهم، وهذا اللفظ وهو لفظ القدوري يشير إلى صحة الوصية، لأن الإخراج يكون بعد الصحة، وذكر محمد في الصور الثلاث أن الوصية باطلة. ثم اختلف المشايخ في أنه باطل أصلاً أو معناه سيبطل. قال الفقيه أبو الليث: وإليه ذهب القدوري وفخر الإسلام البزدوي وعامة مشايخنا أن معناه سيبطل، ووجهه أن العبد أهل للتصرف ولهذا جاز توكيله، ولكن لما كان عجزه عن استيفاء حقوق الميت مظنوناً لكون منافعه للمولى والظاهر المنع عن التبرّع بها وعلى تقدير الإجازة كان له الرجوع وعند ذلك يعجز العبد عن التصرف بالوصاية. قلنا: إنها ستبطل بإخراج القاضي إياه عنها، وأما الكافر فقد ذكر في كتاب القسمة أنه لو قاسم شيئاً قبل أن يخرجه القاضي جاز، فثبت أن الإيصاء صحيح لكنه لا يتوقى البياعات الفاسدة فجاز للقاضي أن يخرجه عن الوصية. وقال بعضهم إنه باطل في العبد، وإليه ذهب شمس الأئمة السرخسي. ، وذلك لأن الوصاية ولاية متعدية، وليس للعبد ولاية على نفسه فضلاً أن يكون له ولاية على غيره، فقوله لعدم ولايته إشارة إلى ما قبل الإجازة. وقوله: **(واستبداده إلى ما بعدها)** لأنها بمنزلة الإعارة منه للعبد ولا يتعلق به اللزوم. وقيل معناه في الكافر أيضاً باطل لعدم ولايته على المسلم. ووجه الصحة ثم الإخراج ظاهر، وقد ذكرنا بعضاً منه آنفاً. وقوله: **(وهذا يصلح عذراً في إخراجه وتبديله بغيره)** لأن الميت إنما أوصى إليه لينظر في ماله وأولاده بعده بالحفظ والصيانة، وبالخيانة ترتفع الصيانة فلا يحصل الغرض من الوصاية. وقوله: **(ومن أوصى إلى عبد نفسه)** واضح. وقوله: **(وفي اعتبار هذه)** أي هذه الوصية وهي وصية عبده على الورثة الصغار **(تجزئتها لأنه لا يملك بيع رقبته)** وقوله وهذا نقض الموضوع لأن الوصي إنما يملك الولاية من الموصي وولايته لا تتجزأ إذا لا يقال ولايته في بعض دون بعض، فلو ثبت التجزي في ولاية الوصي ثبت في ولاية الموصي لكنه غير متجز فكان عائداً على موضعه بالنقض، وقوله: **(إنه مخاطب)** احتراز عن الصبي والمجنون. وقوله: **(مستبد)** احتراز عن الإيصاء إلى عبد الغير وعما إذا كان في الورثة كبار. وقوله: **(ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة)** قيل عليه إن لم يكن لهم ذلك

قوله: **(وقوله إلا أن القاضي إذا أخرجه استثناء من قوله فله ذلك)** أقول: فيه بحث.

الوصاية فيدفع القاضي الضرر عنه وينصب حافظاً لمال الميت متصرفاً فيه فيندفع الضرر من الجانبين فلهذا ينفذ إخراجه، فلو قال بعد إخراج القاضي إياه أقبل لم يلتفت إليه لأنه قبل بعد بطلان الوصاية بإبطال القاضي. قال: **(ومن أوصى إلى عبد أو كافر أو فاسق أخرجهم القاضي عن الوصاية ونصب غيرهم)** وهذا اللفظ يشير إلى صحة الوصية، لأن الإخراج يكون بعدها. وذكر محمد في الأصل أن الوصية باطلة. قيل معناه في جميع هذه الصور أن الوصية ستبطل، وقيل معناه في العبد باطل حقيقة لعدم ولايته واستبداده، وفي غيره معناه ستبطل، وقيل في الكافر باطل أيضاً لعدم ولايته على المسلم. ووجه الصحة ثم الإخراج أن الأصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة، وولاية الفاسق على أصلنا وولاية الكافر في الجملة، إلا أنه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على إجازة المولى وتمكنه من الحجر بعدها والمعاداة الدينية الباعثة للكافر على ترك النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالخيانة فيخرجه القاضي من الوصاية ويقيم غير مقامه إتماماً للنظر. وشرط في الأصل أن يكون الفاسق مخوفاً عليه في المال، وهذا يصلح عذراً في إخراجه وتبديله بغيره. قال: **(ومن أوصى إلى عبد نفسه وفي الورثة كبار لم تصح الوصية)** لأن للكبير أن يمنعه أو يبيع نصيبه فيمنعه المشتري فيعجز عن الوفاء بحق الوصاية فلا يفيد فائدته وإن كانوا صغاراً كلهم فالوصية إليه جائزة عند أبي حنيفة، ولا تجوز عندهما وهو القياس. وقيل قول محمد مضطرب، يروي مرة مع أبي حنيفة،

يوسف في كتب هؤلاء المشايخ الذين عدّهم أن لا يكون قوله مضطرباً في نقل أحد أصلاً، كيف وقد قال في المحيط البرهاني: وإن كانت الورثة صغاراً كلهم فإن أوصى إلى عبد غيره فالوصية باطلة، وإن أوصى إلى عبد نفسه فالوصية جائزة في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: إنها باطلة على التفسير الذي قلنا، وقول محمد في الكتاب مضطرب ذكر في بعض الروايات مع أبي حنيفة وفي بعضها مع أبي يوسف انتهى. نعم الذي وقع في كتب كثير من المشايخ كون قوله مع أبي يوسف ولهذا اختاره المصنف حيث ذكر قوله مع أبي يوسف أوّلاً، وأشار إلى وقوع رواية

فللقاضي أن يبيعه فيتحقق المنع والمنافاة. وأجيب بأنه إذا ثبت الإيصاء لم يبق للقاضي ولاية البيع. وقوله بكونه ناظراً لهم لأن العاقل لا يختار المرقوق دون الأحرار كافة إلا إذا وثق بديانته وأمانته وشفقته على من خلفهم وصار كالمكاتب فإن الإيصاء إليه جائز فكذلك هذا. قوله: **(والوصاية قد تتجزأ)** جواب عن قولهما وفي اعتبار هذه تجزئتها، وذلك أن الحسن بن زياد روى عن أبي حنيفة أنه إذا أوصى إلى رجلين إلى أحدهما في العين وإلى الآخر في الدين أن كل واحد منهما يكون وصياً فيما أوصى إليه خاصة، أو نقول: يصار إليه أي إلى التجزي كي لا يؤدي إلى إبطال هذا التصرف وهو نصب عبده وصياً على الصغار. فإن قيل: يفضي إلى تغيير وصفه وهو جعله متجزئاً بعد ما لم يكن. قلنا: يعتبر الوصف لتصحيح الأصل أولى من إهداره بالكلية. قال: **(ومن يعجز عن القيام بالوصية)** معنى قوله بالوصية بالوصاية. اعلم أن الأوصياء ثلاثة: عدل كاف، وعدل غير كاف، وفاسق. وزاد المصنف العاجز أصلاً إذا ظهر للقاضي عجز وصي عن الاستبداد وهو عدل ضم إليه غيره رعاية لحق الموصي والورثة، وهذا لأن القاضي نصب ناظراً، وإذا علم صيانة الوصي ونقص كفايته وجب عليه تكميل النظر وهو يحصل بضم غيره إليه، وإذا لم يظهر ذلك عنده لكن شكى إليه الوصي ذلك: أي عدم الاستبداد بعجزه لا يجيبه كما ذكر

قال المصنف: **(وقيل في العبد معناه باطل حقيقة لعدم ولايته واستبداده، وفي غير معناه ستبطل)** أقول: فيلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز فإن اسم الفاعل حقيقة في الحال مجاز في الاستقبال، والحمل على عموم المجاز محل تأمل، يعلم الجواب مما ذكر في شرح الإتقاني، وهو أن محمداً ذكر في الجامع الصغير عن يعقوب عن أبي حنيفة في المسلم يوصي إلى الذمي. قال الوصية باطلة، وكذلك إن أوصى إلى عبد غيره فالوصية باطلة، إلى هنا لفظ أصل الجامع الصغير. وذكر محمد في الأصل: وإذا أوصى لغيره فالوصية باطلة وإن أجاز مولاه. وقال في الأصل أيضاً: إذا أوصى المسلم إلى ذمي أو إلى حربي مستأمن أو غير مستأمن فهو باطل. وقال في الأصل أيضاً: ولو أوصى إلى فاسق منهم مخوف على ماله فالوصية إليه باطلة انتهى قال المصنف: **(ومن أوصى إلى عبد نفسه وفي الورثة كبار لم تصح الوصية)** أقول: لا يخفى عليك أن وجه صحة الوصية إلى عبد الغير جار هنا، إلا أن يؤول ويقال: إذا كان للقاضي أن يخرجه لم يستقر على الصحة، فكأنه لم يصح من الابتداء حيث كان على شرف الزوال.

وتارة مع أبي يوسف. وجه القياس أن الولاية منعدمة لما أن الرقّ ينافيها، ولأن فيه إثبات الولاية للمملوك على المالك، وهذا قلب المشروع، ولأن الولاية الصادرة من الأب لا تتجزأ، وفي اعتبار هذه تجزئتها لأنه لا يملك بيع رقبته وهذا نقض الموضوع. وله أنه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون أهلاً للوصاية، وليس لأحد عليه ولاية، فإن الصغار وإن كانوا ملاكاً ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة، وإيصاء المولى إليه يؤذن بكونه ناظراً لهم وصار كالمكاتب، والوصاية قد تتجزأ على ما هو المروي عن أبي حنيفة، أو نقول: يصار إليه كي لا يؤدي إلى إبطال أصله، وتغيير الوصف لتصحيح الأصل أولى. قال: **(ومن يعجز عن القيام بالوصية ضم إليه القاضي غيره)** رعاية لحق الموصي والورثة، وهذا لأن تكميل النظر يحصل بضم الآخر إليه لصيانته ونقص كفايته فيتم النظر بإعانة غيره، ولو شكا إليه الوصيّ ذلك لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة، لأن الشاكي قد يكون كاذباً تخفيفاً على نفسه، وإذا

أخرى في كلام بعضهم حيث قال: وقيل قول محمد مضطرب فلا غبار فيه قوله: **(وله أنه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون أهلاً للوصاية وليس لأحد عليه ولاية، فإن الصغار وإن كانوا ملاكاً ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة)** قيل: عليه إن لم يكن لهم ذلك، فللقاضي أن يبيعه فيتحقق المنع والمنافاة. وأجيب بأنه إذا ثبت الإيصاء إليه لم يبق للقاضي ولاية البيع، كذا السؤال والجواب في أكثر الشروح، وعزاهما في النهاية ومعراج الدراية إلى الأسرار، أقول: في هذا الجواب بحث، لأن عدم بقاء ولاية البيع للقاضي موقوف على جواز الوصية إليه شرعاً، وهو أوّل المسألة التي نحن فيها والمقام مقام إقامة الدليل عليه من قبل أبي حنيفة رحمه الله، فلو بنى تمام هذا الدليل عليه لزم المصادرة على المطلوب لا محالة، فالحق في الجواب عن السؤال المذكور ما نقله صاحب الغاية عن شرح الأقطع حيث قال: وأورد في شرح الأقطع سؤالاً وجواباً فقال: فإن قيل: إذا كانوا صغاراً فالقاضي يلي على بيعه إذا رأى ذلك. قبل ولاية القاضي على الوصي لا تمنع جواز الوصية، لأنه يلي على الأحرار مع وجود الوصية إليهم انتهى قوله: **(وهي ما أستثناه في الكتاب وأخواتها)** يعني وهي: أي الأشياء المعدودة ما استثناه القدوري في مختصره بقوله إلا في شراء كفن الميت وتجهيزه، وطعام الصغار وكسوتها، وردّ وديعة بعينها، وقضاء دين وتنفيذ وصية بعينها، وعتق عبد بعينه، والخصومة في حقوق الميت انتهى، وهذه تسعة أشياء كما ترى قصر القدوري الاستثناء عليها في مختصره، واقتفى أثره المصنف في البداية، وقوله هنا وأخواتها بالرفع عطف على «ما» في قوله ما استثناه في الكتاب: أي والمسائل التي هي أخوات المسائل المستثناة في الكتاب وهي ما زاده المصنف في الهداية بقوله وردّ المغصوب والمشتري شراء فاسداً وحفظ الأموال، ثم بقوله وقبول الهبة وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف وجميع الأموال

في الكتاب، ولو ظهر عنده عجز أصلاً استبدل غيره به رعاية للنظر من الجانبين: أي جانب الموصي والوصي، يقوم المنصوب من جهة القاضي بالتصرف في الحوائج الموصي والعاجز المعزول بقضاء حقوق نفسه، وإذا كان عدلاً كافياً فليس للقاضي أن يتعرض إليه بالإخراج وإن شكاه الورثة أو بعضهم إليه، إلا إذا ظهر منه خيانة فإنه يستبدل به غيره ووجه ذلك مذكور في الكتاب. قوله: **(ومن أوصى إلى اثنين الخ)** روي عن أبي القاسم الصفار أنه قال: هذا الخلاف بينهم فيما إذا أوصى إليهما جميعاً معاً بعقد واحد، فأما إذا أوصى إلى كل واحد منهما بعقد على حدة فإنه ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بلا خلاف. قال الفقيه أبو الليث: هذا أصح وبه نأخذ بمنزلة الوكيلين إذا وكل كلا منهما على الانفراد. وحكي عن أبي بكر الإسكاف أنه قال: الخلاف فيهما جميعاً سواء أوصى إليهما جميعاً أو متفرقاً. وجعل في المبسوط هذا الأصح لأن وجوب الوصية إنما يكون عند الموت وحينئذٍ تثبت الوصية لهما معاً فلا فرق بين الافتراق والاجتماع، بخلاف الوكالة، وإنما قال إلا في أشياء معدودة ولم يذكر كميتها لاختلاف أقوال العلماء فيها، فذكر في الأسرار ستة، وهو ما عدا تنفيذ الوصية المعينة

قوله: **(وفيه إشارة إلى أنه لا ضمان عليه إذا كان ما أفرزه للورثة في يده)** أقول: لا يقال هذا مخالف لما ذكره سابقاً من قوله فأعطى الورثة حقهم لأنه يدافع بأدنى تأمل.

ظهر عند القاضي عجزه أصلاً استبدل به رعاية للنظر من الجانبين؛ ولو كان قادراً على التصرف أميناً فيه ليس للقاضي أن يخرجه، لأنه لو اختار غيره غيره كان دونه لما أنه كان مختار الميت ومرضيه فإبقاؤه أولى ولهذا قدم على أب الميت مع وفور شفقته فأولى أن يقدم على غيره، كذا إذا شكا الورثة أو بعضهم الوصي إلى القاضي فإنه لا ينبغي له أن يعزله حتى يبدو له منه خيانة لأنه استفاد الولاية من الميت، غير أنه إذا ظهرت الخيانة فالميت إنما نصبه وصياً لأمانته وقد فاتت، ولو كان في الأحياء لأخرجه منها، فعند عجزه ينوب القاضي منابه كأنه لا وصي له. قال: **(ومن أوصى إلى اثنين لم يكن وحدهما أن يتصرف عند أبي حنيفة ومحمد دون صاحبه)** إلا في أشياء معدودة نبينها إن شاء الله تعالى. وقال أبو يوسف: ينفرد كل واحد منهما بالتصرف في جميع الأشياء لأن الوصاية سبيلها الولاية وهي وصف شرعي لا تتجزأ فيثبت لكل منهما كملاً كولاية الإنكاح للأخوين، وهذا لأن الوصاية خلافة، وإنما تتحقق إذا انتقلت الولاية إليه على الوجه الذي كان ثابتاً للموصي وقد كان بوصف الكمال، ولأن اختيار الأب إياهما

الضائعة، وهذه التي زادها المصنف على ما في الكتاب ستة أشياء، فيصير مجموع الأشياء المعدودة خمسة عشر كما لا يخفى، قال بعض المتأخرين في شرح هذا المحل: قوله وهي ما استثناه في الكتاب: أي في مختصر القدوري كما سبق، وقوله وأخواتها بالرفع عطف على «ما» إشارة إلى أنه يزاد عليه أشياء أخرى وهي ما ذكرته فيما سبق: يعني قوله وزاد عليها المصنف ردّ المغصوب والمشتري شراء فاسداً وحفظ الأموال. وقال: ثم إن جعلنا شراء الكفن والتجهيز واحداً كما جعل في الأسرار بناء على أن الأول داخل في الثاني، وكذا ردّ المغصوب والوديعة والمشتري شراء فاسداً يكون المستثنى فيما ذكره المصنف أحد عشر، وما زاده اثنين وإلا فأربعة عشر، وما زاده ثلاثة كما هو الظاهر من لفظ الأخوات انتهى كلامه. أقول: هذا الذي ذكره مع كونه ناشئاً عن الغفلة عما زاده المصنف في الآخر من أشياء ثلاثة: وهي قبول الهبة، وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف، وجمع الأموال الضائعة مختل في ذاته، إذ لا يمكن أن يكون مجموع ما ذكره المصنف أحد عشر على تقدير أن يكون ما زاده اثنين، وأربعة عشر على تقدير أن يكون ما زاده ثلاثة، لأن زيادة الثلاثة على الاثنين بواحد فكيف يمكن أن يكون المجموع بزيادة الاثنين أحد عشر وبزيادة الثلاثة أربعة عشر، بل لا بد أن يكون بزيادة الثلاثة اثني عشر كما لا يخفى قوله: **(وطعام الصغار وكسوتهم)**

وقبول الهبة وجمع الأموال الضائعة من تجهيز الميت وقضاء الدين بجنس حقه وشراء ما لا بد للصغير منه وبيع ما يسرع إليه الفساد وردّ الغصب والوديعة والخصومة. وذكر في الجامع الصغير لقاضيخان ثمانية وهي الستة المذكورة في الأسرار، وتنفيذ الوصية، وقبول الهبة. وذكر فيه أيضاً جمع الأموال الضائعة، قيل: ويحتمل أن يكون قبول الهبة من جنس جمع الأموال الضائعة فيعدان واحداً كي لا يزداد ما نص عليه من الثمانية، والذي ذكره المصنف أكثر من ذلك. وقوله: **(سبيلها الولاية)** يعني أنها لا تثبت لمن لا تثبت له الولاية بالتولية كالكافر والعبد على ما مر. وقوله: **(لأنها ليست من باب الولاية)** أي الولاية المستفادة من الموصي لتحققها من غير من أوصى إليه، وذكر رواية الجامع الصغير لبيان أن اقتضاء الدين: أي قبضه ليس كقضائه بل هو على الاختلاف. وقوله: **(ولو أوصى إلى كل واحد منهما على الانفراد)** ذكرناه في مطلع الكلام مع ذكر صاحب كل قوله منهما. وقوله: **(فإن مات أحدهما)** متصل بأوّل الكلام. وقوله: **(ولو أن الميت منهما أوصى إلى الحيّ)** ظاهر. وقوله: **(وإلى الجد في النفس)** يعني إذا مات الأب كان ولاية تزويج الصغار والصغائر واستيفاء القصاص للجد، فكذا الوصي فيما انتقل إليه لأنه خلف عن الأول، وباعتبار هذه الخلافة يجعل الأول قائماً حكماً، والخلف يعمل عمل الأصل عند عدم الأصل. وقوله: **(وعند الموت كان له ولاية)** أي عند موت الموصي كان للوصيّ ولاية في التركتين: أي في تركة نفسه سماه تركة باعتبار ما يؤول إليه وتركة موصيه، أما في تركته فباعتبار أنه ملكه، وأما في تركة موصية فباعتبار الوصاية إليه فينزل الثاني منزلته فيهما. وقوله: **(فلا يرضى بتوكيل غيره)** أي لا يرضى الموكل بأن يوكل وكيله غيره أو يوصي إلى غيره. قال: **(ومقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة جائزة)** رجل أوصى إلى رجل وأوصى لرجل آخر بثلث ماله وله ورثة صغار أو كبار غيب فقاسم الوصي الموصى له نائباً عن الورثة وأعطاه الثلث وأمسك الثلثين للورثة فالقسمة نافذة على الورثة في المنقول

يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما. ولهما أن الولاية تثبت بالتفويض فيراعى وصف التفويض وهو وصف الاجتماع إذ هو شرط مقيد، وما رضي الموصي إلا بالمثنى وليس الواحد كالمثنى، بخلاف الأخوين في الإنكاح لأن السبب هالك القرابة وقد قامت بكل منهما كملاً. ولأن الإنكاح حق مستحق لها على الوليّ، حتى لو طالبته بإنكاحها من كفؤ يخطبها يجب عليه وها هنا حق التصرف للوصي، ولهذا يبقى مخيراً في التصرف، ففي الأول أوفى حقاً على صاحبه فصح، وفي الثاني استوفى حقاً لصاحبه فلا يصح أصله الدين الذي عليهما ولهما، بخلاف الأشياء المعدودة لأنها من باب الضرورة لا من باب الولاية، ومواضع الضرورة مستثناة أبداً، وهي ما استثناه في الكتاب وأخواتها فقال **(إلا في شراء كفن الميت وتجهيزه)** لأن في التأخير فساد الميت ولهذا يملكه الجيران عند ذلك **(وطعام الصغار وكسوتهم)** لأنه يخاف موتهم جوعاً وعرياً **(وردّ الوديعة بعينها ورد المغصوب والمشتري شراء فاسداً وحفظ الأموال وقضاء الديون)** لأنها ليست من باب الولاية فإنه يملكه المالك، وصاحب الدين إذا ظفر بجنس حقه وحفظ المال يملكه من يقع في يده فكان من باب الإعانة. ولأنه لا يحتاج فيه إلى الرأي **(وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه)** لأنه لا يحتاج فيه إلى الرأي **(والخصومة في حق الميت)** لأن

قال في غاية البيان: وطعام الصغار وكسوتهم بالجر عطف على قوله في شراء الكفن. وكذلك قوله وردّ الوديعة بعينها، وردّ المغصوب، والمشترى شراء فاسداً، وحفظ الأموال، وقضاء الديون. كل ذلك بالجر، وكذلك قوله وتنفيذ وصية بعينها، وعتق عبد بعينه، والخصومة، وقبول الهبة، وبيع ما يخشى عليه التوى، وجمع الأموال الضائعة، كل ذلك بالجر انتهى، أقول: لا يخفى أن ما يساعده تحرير المصنف من الإعراب هو الذي ذكر في الشرح المزبور، لكنه منظور فيه عندي لأن قول المصنف في شراء الكفن في كتابة هذا واقع في حيز قال في قوله فقال في شراء الكفن: ولا ريب أن الضمير المستترّ في قوله فقال راجع إلى ما رجع إليه الضمير المستترّ فيما استثناه في الكتاب مختصره وهو القدوري، والمراد بالكتاب فيلزم أن يكون جميع الأمور المعطوفة على شراء الكفن بالجرّ في الهداية من مقول القدوري في مختصره وليس كذلك قطعاً كما عرفته مما بيناه فيما مر آنفاً، اللهم إلا أن يحمل قوله فقال إلا في شراء الكفن الخ على تغليب ما ذكره القدوري في مختصره على ما زاد عليه المصنف هنا بطريق الإلحاق به تأمل قوله: **(وحفظ المال يملكه من يقع في يده)** قال صاحب النهاية ومعراج الدراية: قوله وحفظ المال بالرفع هذا على وجه التعليل لقوله وقضاء الدين: يعني أن كل واحد من الوصيين يملك قضاء الدين لأنه ليس في قضاء الدين إلا حفظ المال إلى أن يقضي صاحب الدين، وكل من يقع المال في يده فهو يملك حقه انتهى. أقول: لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن هذا الذي ذهبا إليه تكلف بارد، بل تعسف فاسد، إذ لا شك أن مراد المصنف بقضاء الدين في قوله وقضاء الدين هو نفس القضاء مع قطع النظر عن الحفظ بقرينة قوله قبيله وحفظ الأموال، فكيف يتم حينئذٍ توجيه التعليل بما ذكره الشارحان المزبوران. والصواب أن قول المصنف هنا وحفظ المال يملكه من يقع في يده مسوق على وجه التعليل كقوله من قبل وحفظ الأموال كما لا يخفى قوله: **(والمراد بالتقاضي الاقتضاء كذا كان المراد منه في عرفهم)** أقول: فيه شيء وهو أن قوله كذا كان المراد منه في عرفهم يوهم أن لا يكون الاقتضاء الذي هو القبض معنى التقاضي في الوضع واللغة، بل كان معناه في العرف، مع أن الأمر ليس كذلك كما صرح به المصنف في باب الوكالة بالخصومة من كتاب الوكالة حيث قال: الوكيل بالتقاضي يملك القبض على أصل الرواية لأن في معناه وضعاً، إلا أن العرف بخلافه وهو قاض على الوضع انتهى. ويدل على كون معناه ذلك في الوضع ما ذكره في كتب اللغة. قال في القاموس: تقاضاه الدين: قبضت منه. وقال في الأساس: تقاضيته ديني

والعقار إن كانوا صغاراً، وفي المنقول إن كانوا كباراً، حتى لو هلك حصة الورثة في يده لم ترجع الورثة على الموصى له

الاجتماع فيها متعذر ولهذا ينفرد بها أحد الوكيلين **(وقبول الهبة)** لأن في التأخير خيفة الفوات، ولأنه يملكه الأم والذي في حجره فلم يكن من باب الولاية **(وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف)** لأن فيه ضرورة لا تخفى **(وجمع الأموال الضائعة)** لأن في التأخير خشية الفوات، ولأنه يملكه كل من وقع في يده فلم يكن من باب الولاية. وفي الجامع الصغير: وليس لأحد الوصيين أن يبيع ويتقاضى، والمراد بالتقاضي الاقتضاء، كذا كان المراد منه في عرفهم، وهذا لأنه رضي بأمانتهما جميعاً في القبض، ولأنه في معنى المبادلة لا سيما عند اختلاف الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية ولو أوصى إلى كل واحد على الانفراد قيل ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بمنزلة الوكيلين إذا وكل كل واحد على الانفراد، وهذا لأنه لما أفرد فقد رضي برأي الواحد. وقيل الخلاف في الفصلين واحد، وهو الأصح لأن وجوب الوصية عند الموت بخلاف الوكيلين، لأن الوكالة تتعاقب. فإن مات أحدهما جعل

ويديني واقتضيته ديني واقتضيت منه حقي: أي أخذته انتهى، ثم أقول في الجواب: ليس مراد المصنف ها هنا بقوله كذا كان المراد منه في عرفهم نفي كونه كذلك في اللغة والوضع، بل بيان أن عرفهم يطابق اللغة والوضع، وفائدته دفع توهم أن يقال كون معنى التقاضي الاقتضاء في الوضع غير كاف الأن العرف قاض على الوضع: أي راجح عليه. فإن قلت: بقي المخالفة حينئذٍ بين كلام المصنف هنا وبين كلامه هناك إلا أن العارف بخلافه، قلت: مراد المصنف هنا أن المراد منه كان كذا في عرف المجتهدين، ومراده هناك أن العرف بخلافه في زماننا أو في ديارنا، ولا غرو في اختلاف العرفين بحسب اختلاف العرفين بحسب اختلاف الزمانين أو المكانين، ويؤيده أن صاحب المحيط قال في كتاب الوكالة: الوكيل بالتقاضي يملك القبض عند علمائنا الثلاثة كما ذكره محمد في الأصل، ثم قال: وذكر الشيخ الإمام الزاهد فخر الإسلام البزدوي في شرح هذا الكتاب أن الوكيل بالتقاضي في عرف ديارنا لا يملك القبض كذا جرت العادة في ديارنا، وجعل التقاضي مستعملاً في المطالبة مجازاً لأنه سبب الاقتضاء وصارت الحقيقة مهجورة انتهى تدبر تفهم قوله: **(ولأنه في معنى المبادلة لا سيما عند اختلاف الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية)** أقول: لقائل أن يقول: إن كان الاقتضاء في معنى المبادلة كان القضاء أيضا في معنى المبادلة ضرورة أن المبادلة إنما تتحقق من الجانبين، وإذا كان أحدهما مقتضياً كان الآخر قاضياً البتة فيلزم أن يكون القضاء أيضاً من باب الولاية مع أن المصنف صرح بخلافه فيما قبل قوله: **(غير أن الوصي لا يضمن لأنه أمين وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما إذا هلك بعض التركة قبل القسمة)** قال صاحب العناية: فيه إشارة إلى أن لا ضمان عليه إذا كان ما أفرزه للورثة في يده، لأن الحفظ إنما يتصوّر في ذلك، أما لو سلمه إليهم فالموصى له بالخيار، إن شاء ضمن القابض بالقبض، وإن شاء ضمن الدافع بالدفع، كذا في النهاية، إلى هنا لفظ العناية. أقول: فيه خلل، لأن مقتضى تحريره أن يثبت للموصى له الخيار بين تضمين القابض وتضمين الدافع فيما إذا سلم الوصي ما أفرزه للورثة إليهم على الإطلاق: أي سواء كان ما سلمه إليهم باقياً في أيديهم أو هالكاً، وليست المسألة كذلك لا في النهاية ولا في غيرها، فإن قال في النهاية: ثم إن كان ما أعطاه الوصي للورثة باقياً في أيديهم كان للموصى له الرجوع عليهم بقدر نصيبه وهو ثلث ما أعطاهم، وإن كان هالكاً كان الموصى له بالخيار في تضمين الحصة التي دفعها الوصي إلى الورثة، إن شاء ضمن القابض بالقبض، وإن شاء ضمن الدافع بالدفع، فإن لم يكن دفع حصة الورثة إليهم حتى هلك الكل في يد الوصي لم يكن للموصى له أن يضمن الوصي شيئاً لبقاء حكم الأمانة في المال فكذا في هلاك قدر

بشيء. وأما إن كان الوراث كبيراً حاضراً وصاحب الوصية غائباً فقاسم الوصي مع الوراث عن الموصى له فأعطى الورثة حقهم وأمسك الثلث للموصى له لم تنفذ القسمة على الموصى له صغيراً كان أو كبيراً حاضراً أو غائباً في المنقول والعقار جميعاً، حتى لو هلك في يد الوصي ما أفرزه كان له أن يرجع على الورثة بثلث ما في أيديهم، والفرق بين المنقول والعقار أن الورثة إذا كانوا صغاراً كان للوصي بيع نصيب الصغار من المنقول والعقار جميعاً، أما إذا كانوا كباراً فليس له بيع العقار عليهم

القاضي مكانه وصياً آخر، أما عندهما فلأن الباقي عاجز عن التفرّد بالتصرّف فيضم القاضي إليه وصياً آخر نظراً للميت عند عجزه. وعند أبي يوسف الحيّ منهما وإن كان يقدر على التصرف فالموصي قصد أن يخلفه متصرفاً في حقوقه، وذلك ممكن التحقق بنصب وصي آخر مكان الميت. ولو أن الميت منهما أوصى إلى الحيّ فللحي أن يتصرف وحده في ظاهر الرواية بمنزلة ما إذا أوصى إلى شخص آخر، ولا يحتاج القاضي إلى نصب وصيّ آخر لأن رأى الميت باق حكماً برأى من يخلفه. وعن أبي حنيفة أن لا ينفرد بالتصرف لأن الموصي ما رضي بتصرفه وحده، بخلاف ما إذا أوصى إلى غيره لأنه ينفذ تصرفه برأي المثنى كما رضيه المتوفى. وإذا مات الوصي وأوصى إلى آخر فهو وصيه في تركته وتركة الميت الأول عندنا. وقال الشافعي: لا يكون وصياً في تركة الميت الأول اعتباراً بالتوكيل في حالة الحياة، والجامع بينهما أنه رضي برأيه لا برأي غيره. ولنا أن الوصي يتصرف بولاية منتقلة إليه فيملك الإيصاء إلى غيره كالجد؛ ألا يرى أن الولاية التي كانت ثابتة للموصي تنتقل إلى الوصي في المال وإلى الجد في النفس. ثم الجد قائم مقام الأب فيما انتقل إليه فكذا الوصي، وهذا لأن الإيصاء إقامة غيره مقامه فيما له ولايته، وعند الموت كانت له ولاية في التركتين فينزل الثاني منزلته فيهما، ولأنه لما استعان به في ذلك مع علمه أنه قد تعتريه المنية قبل تتميم مقصوده بنفسه وهو تلافي ما فرط منه صار راضياً بإيصائه إلى غيره، بخلاف الوكيل لأن الموكل حيّ يمكنه أن يحصل مقصوده بنفسه فلا يرضى بتوكيل غيره والإيصاء إليه. قال: **(ومقاسمة الوصيّ له عن الورثة جائزة ومقاسمته الورثة عن الموصى له باطلة)** لأن الوراث خليفة الميت حتى يردّ بالعيب ويردّ عليه به ويصير

نصيبه، إلى هذا أشار الإمام المحبوبي، إلى هنا لفظ النهاية. وقال في المحيط البرهاني: فإن هلك حصة الموصى له في يد الوصي وبقي نصيب الورثة كان للموصى له أن يأخذ ثلث ما بقي في يد الورثة، وإن هلك حصة الورثة في يد الورثة وهلك حصة الموصى له في يد الوصي أيضاً فما هلك في يد الورثة من حصة الموصى له فالموصى له بالخيار. إن شاء ضمن الوصي، وإن شاء ضمن الوراث انتهى قوله: **(وإن كان الميت أوصى بحجة فقاسم الورثة فهلك ما في يده الخ)** قال صاحب النهاية في شرح هذا المحل: وإن كان الميت أوصى بحجة فقاسم الورثة: أي قاسم الوصي الورثة فهلك ما في يده: أي ما في يد الحاج فالوصي والحاج مدلول عليهما غير مذكور بهما. واقتفى أثره صاحب معراج الدراية. أقول: ليس هذا الشرح بصحيح، إذ لو رجع ضمير ما في يده إلى الحاج فصار المعنى فهلك ما في يد الحاجّ كما صرح به الشارحان المذكوران لزم أن يكون قوله فيما بعد وكذلك إن دفعه إلى رجل

وله ولاية بيع المنقول، فكذا القسمة لأنها نوع بيع، ووجه المسألة ما ذكره في الكتاب، وحاصله أن الورثة والوصي كلاهما خلف عن الميت فيجوز أن يكون الوصي خصماً عنهم وقائماً مقامهم، وأما الموصى له فليس بخليفة عن الميت بكل وجه فلا يكون بينه وبني الوصي مناسبة حتى يكون خصماً عنه وقائماً مقامه في نفوذ القسمة عليه وقوله: **(حتى يرد بالعيب)** أي فيما اشتراه المورث **(ويردّ عليه)** أي فيما باعه المورث ويصير مغروراً بشراء المورث، فإنه إذا اشترى جارية فمات ثم استولدها الوراث ثم استحقت الجارية فإنه يرجع على بائع الميت، ولو لم يكن خليفة لما رجع، كما لو باعها المورث من آخر والمسألة بحالها فإن المشتري يرجع على بائعة دون بائع بائعه لأنه ليس بخليفة عن بائعه حتى يكون غروره كغروره وقوله: **(غير أن الوصيّ لا يضمن)** جواب سؤال تقديره إذا كانت القسمة غير صحيحة كان تصرفه غير مشروع وهلك المال بعد ذلك الفعل الذي هو غير مشروع فيجب الضمان، كما لو تعدّى على المال واستهلكه، ووجه الجواب ما قال لأنه أمين فيه، وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما إذا هلك بعض التركة قبل القسمة الخ، وفيه إشارة إلى أنه لا ضمان عليه إذا كان ما أفرزه للورثة في يده، لأن الحفظ إنما يتصور في ذلك، أما لو سلمه إليهم فالموصى له بالخيار إن شاء ضمن القابض بالقبض وإن شاء ضمن الدافع بالدفع، كذا في النهاية. فإن قاسم الورثة كان معلوماً من سياق كلامه، ولكن ذكره لكونه لفظ الجامع الصغير وقوله: **(لما بينا)** إشارة إلى قوله لأن القسمة لم تنفذ عليه قال: **(وإن كان الميت أوصى بحجة الخ)** رجل مات وترك أربعة آلاف درهم وأوصى أن يحجّ عنه وكان مقدار الحج ألف درهم فأخذ الوصيّ ألفاً ودفعها إلى الذي يحج عنه فسرقت في

مغروراً بشراء المورث والوصي خليفة الميت أيضاً فيكون خصماً عن الوراث إذا كان غائباً فصحت قسمته عليه، حتى لو حضر وقد هلك ما في يد الوصي ليس له أن يشارك الموصى له، أما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه لأنه ملكه بسبب جديد، ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه، ولا يصير مغروراً بشراء الموصي فلا يكون الوصي خليفة عنه عند غيبته، حتى لو هلك ما أفرز له عند الوصي كان له ثلث ما بقي لأن القسمة لم تنفذ عليه، غير أن الوصي لا يضمن لأنه أمين فيه، وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما إذا هلك بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقي لأن الموصى له شريك الوراث فيتوى ما توى من المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقي على الشركة. قال: **(فإن قاسم الورثة وأخذ نصيب الموصى له فضاع رجع الموصى له بثلث ما بقي)** لما بينا. قال: **(وإن كان الميت أوصى بحجة فقاسم في الورثة فهلك ما في يده حجّ عن الميت من ثلث ما بقي، وكذلك إن دفعه إلى رجل ليحجّ عنه فضاع في يده)** وقال أبو يوسف: إن كان مستغرقاً للثلث لم يرجع بشيء، وإلا يرجع بتمام

ليحجّ عنه فضاع من يده مستدركاً محضاً كما لا يخفى. والصواب أن ضمير ما في يده في قوله فهلك ما في يده راجع إلى الوصي، فحينئذٍ ينتظم المعنى ولا يلزم الاستدراك في قوله الآتي كما ترى قوله: **(وقال محمد: لا يرجع بشيء لأن القسمة حق الموصي، ولو أفرز الموصي بنفسه مالاً ليحج عنه فهلك لا يلزمه شيء وبطلت الوصية، فكذلك إذا أفرزه وصيه الذي قام مقامه)** قال بعض المتأخرين: قلت هذا قياس مع الفارق، لأن الموصي غير ملزم بشيء إذ له الرجوع عن الوصية رأساً، فلا يلزم من عدم لزوم شيء لهذا عدم لزومه لذاك انتهى. أقول: ليس هذا بشيء، فإن الموصي وإن لم يكن ملزماً بشيء في حال حياته إلا أنه تلزم وصيته بعد مماته فتنفذ من ثلث تركته البتة، والمراد بما ذكر في دليل محمد هو أن الموصي لو أفرز بنفسه مالاً ليحج عنه فهلك ذلك المال لا يؤخذ بشيء من تركته بعد مماته بل تبطل وصيته أصلاً. وقد أفصح عنه صاحب الغاية حيث قال في تقريره: وأما مذهب محمد فهو أن دفع الوصيّ بمنزلة دفع الميت، ولو أن الميت هو الذي دفع قبل موته إلى رجل مالاً ليحجّ عنه فسرق المال لا يؤخذ من تركته مرة أخرى، كذلك هذا انتهى. فكأن ذلك القائل فهم من ظاهر قول المصنف في تقرير دليل محمد لا يلزمه شيء أن يكون المراد أنه لا يؤخذ من نفس الموصي شيء في حال حياته فوقع فيما وقع قوله: **(لأنهم**

الطريق قال أبو حنيفة: يؤخذ ثلث ما بقي من التركة وهو ألف درهم، فإن سرقت ثانياً يؤخذ ثلث ما بقي مرة أخرى هكذا. وقال أبو يوسف: يؤخذ ما بقي من ثلث جميع المال وذلك ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث درهم، فإن سرقت ثانياً لا يؤخذ مرة أخرى. وقال محمد: إذا سرقت الألف الأولى بطلت الوصية فلا يؤخذ منه مرة أخرى. ووجه ذلك مذكور في الكتاب وهو واضح. وقوله: **(ومن أوصى بثلث ألف درهم)** واضح على ما ذكره في الكتاب، وذكر الإمام المحبوبي أن هذا الجواب فيما إذا كانت التركة مما يكال أو يوزن، لأن القسمة فيه تمييز لا مبادلة حتى ينفرد أحد الشريكين من غير قضاء ولا رضا، ويجوز لأحدهما أن يبيع نصيبه مرابحة على ما قام عليه من الثمن، فأما فيما لا يكال ولا يوزن فلا يجوز لأن القسمة فيه مبادلة كالبيع، وبيع مال الغائب لا يجوز فكذا قسمته. قلت: وضع المسألة في الدارهم لعله إشارة إلى ذلك فإنها مما يوزن. وقوله: **(وإذا باع عبداً من التركة)** ذكره للفرق بينهما وبين ما إذا باع المولى أو وصيه عبده المأذون له المديون بغير محضر من غرماء العبد، فإن ذلك لا يجوز لأن لغريم العبد هناك حقاً في استسعاء العبد وبعد البيع لا يبقى، فكان في البيع إبطال حق الغرماء فلا ينفذ بغير إجازتهم. وأما ها هنا فليس لغريم المولى حق في استسعاء العبد، إنما حقه في استيفاء الدين من الثمن فلم يكن البيع مبطلاً حق الغريم بكل يكون محققاً له، لأن حقه في الدراهم أو الدنانير لا في عين العبد وبالبيع يحصل. وقوله: **(ولو تولى حياً بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء)** يعني إذا باع بمثل قيمته. وقوله: **(ومن أوصى بأن يباع عبده ويتصدّق بثمنه على المساكين)** ظاهراً. وقوله: **(لأنه ضمنه بقبضه)** أي لا بعمل آخر يكون للورثة، لأن باستحقاق العبد تبين بطلان الوصية فلم يكن عاملاً للموصي ولا لورثته. وقوله: **(لأن الرجوع بحكم الوصية)** لأن البيع كان لتنفيذ الوصية فكان حكمه حكم الوصية والوصية تنفذ من الثلث. وقوله: **(أنه يرجع عليه بحكم الغرور)** أي بحكم أن الميت غره بقوله هذا ملكي فإنه

الثلث. وقال محمد: لا يرجع بشيء لأن القسمة حق الموصي، ولو أفرز الموصي بنفسه مالاً ليحج عنه فهلك لا يلزمه شيء وبطلت الوصية، فكذا إذا أفرزه وصيه الذي قام مقامه. ولأبي يوسف أن محل الوصية الثلث فيجب تنفيذها ما بقي محلها، وإذا لم يبق بطلت لفوات محلها. ولأبي حنيفة أن القسمة لا تراد لذاته بل لمقصودها وهو تأدية الحج فلم تعتبر دونه وصار كما إذا هلك قبل القسمة فيحجّ بثلث ما بقي، ولأن تمامها بالتسليم إلى الجهة المسماة، إذ لا قابض لها، فإذا لم يصرف إلى ذلك الوجه لم يتم فصار كهلاكه قبلها. قال: (**ومن أوصى بثلث ألف درهم فدفعها الورثة إلى القاضي فقسمها والموصى له غائب فقسمته جائزة**) لأن الوصية صحيحة، ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثاً لورثته والقاضي نصب ناظراً لا سيما في حق الموتى والغيب، ومن النظر إفراز نصيب الغائب وقبضه فنفذ ذلك وصح، حتى لو حضر الغائب وقد هلك المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل. قال: (**وإذا باع الوصي عبداً من التركة بغير محضر من الغرماء فهو جائز**) لأن الوصيّ قائم مقام الموصي،

يتصرفون بحكم المالكية، والإذن فك الحجر) قال صاحب العناية في حل هذا التعليل: لأنهم يتصرفون بحكم المالكية: أي يتصرفون بأهليتهم لا بأمر المولى، لأن الإذن فك الحجر، فلم يكن تصرفهم نيابة عن أحد انتهى. وأورد بعض الفضلاء على قوله لأن الإذن فك الحجر بأن قال: فيه بحث، فإن الكلام كان عاماً للصبي المأذون والمكاتب انتهى. أقول؛ ليس هذا بوراد، إذ لا شك أن المدعي كان عاماً للصبي المأذون والمكاتب، إلا أن قوله لأن الإذن فك الحجر يصلح أن يكون تعليلاً في حقهما أيضاً. أما في حق الصبي المأذون فظاهر، لأن الإذن في حقه فك الحجر الثابت له بسبب صباه، كما أن الإذن في حق العبد المأذون فك الحجر الثابت له بسبب رقه كما تقرر في كتاب المأذون. وأما في حق المكاتب فلأنه وإن لم يكن مأذوناً صراحة إلا أنه صار مأذوناً في ضمن عقد

لما أمره ببيعه والتصدق بثمنه كان قائلاً هذا العبد ملكي فكان الوصي مغروراً من جهته فكان ذلك الضمان ديناً على الميت والدين يقضى من جميع التركة. وقوله: (**وقد مرّ في كتاب القضاء**) يعني في آخر فصل القضاء بالمواريث وهو قوله وإذا باع القاضي أو أمينه عبداً للغرماء الخ. وقوله: (**فإن كانت التركة قد هلكت أو لم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء**) أي لا على الورثة ولا على المساكين إن كان تصدق عليهم، لأن البيع لم يقع إلا للميت فصار كما إذا كان على الميت دين آخر، وذكر في الذخيرة محالاً إلى المنتقى أن الوصيّ يرجع على المساكين، والقياس هكذا لأن غنم تصرف الوصي عاد إليهم فالغرم يجب أن يكون عليهم، وهذه الرواية تخالف رواية الجامع الصغير. ووجه رواية الجامع الصغير أن الميت أصل في غنم هذا التصرف وهو الثواب والفقير تبع له وقوله: (**فإن قسم الوصي الميراث الخ**) ظاهر، وكذا قوله: (**وإذا احتال الوصي بمال اليتيم**) ولم يذكر ما إذا كان المحيل والمحال عليه سواء في الملاءة. وذكر في الذخيرة أن فيه اختلاف المشايخ، ومن لا يجوزه يحتاج للفرق بينه وبين ما لو باع الوصيّ مال اليتيم بمثل قيمته من أجنبي فإنه جائز على ما يجيء. والفرق أن البيع معاوضة من كل وجه والوصي يملكها إذا لم يكن فيها غبن فاحش. فأما الحوالة فليست كذلك لجوازها بالمسلم فيه وبرأس مال السلم، ولو كانت معاوضة من كل وجه كان استبدالاً بالمسلم فيه وبرأس المال وهو لا يصح، وإذا لم يكن مبادلة كانت كالهبة بشرط العوض والوصي لا يملكها من مال اليتيم عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف، فيجب أن يكون هذا أيضاً على ذلك. وقوله: (**ولا يجوز بيع الوصيّ**) واضح ولم يذكر ما إذا اشترى الوصي من مال الصغير شيئاً لنفسه أو باع من اليتيم شيئاً من ماله هل يجوز أو لا، إن كان فيه منفعة ظاهرة جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف في إحدى الروايتين عنه، وتفسير المنفعة الظاهرة أن يبيع ما يساوي خمسة عشر بعشرة من الصغير ويشتري ما يساوي عشرة بخمسة عشر فصاعداً وعند محمد على أظهر الروايتين عن أبي يوسف لا يجوز على كل حال وقوله: (**والصبيّ المأذون له والعبد المأذون له والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة لأنهم يتصرفون بحكم المالكية**) أي يتصرفون بأهليتهم لا بأمر المولى، لأن الإذن فك الحجر فلم يكن تصرفهم فيه نيابة عن أحد، بخلاف الوصي على ما ذكر في الكتاب عملاً بقوله تعالى: ﴿ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن﴾ قال: (**وإذا كتب كتاب الشراء على وصي**) هذا تعليم لكتاب الحقوق والشهود لنفي تهمة شهادة الزور وهو واضح، وقوله: (**لما بينا**) إشارة إلى قوله لأن ذلك أحوط. وقوله: (**وبيع الوصي على الكبير الغائب**) قيد بالكبير، لأن

ولو تولى حياً بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء وإن كان في مرض موته فكذا إذا تولاه من قام مقامه، وهذا لأن حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع لا يبطل المالية لفواته إلى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المديون لأن للغرماء حق الاستسعاء وأما ها هنا فبخلافه. قال: **(ومن أوصى بأن يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصيّ وقبض الثمن فضاع في يده فاستحق العبد ضمن الوصيّ)** لأنه هو العاقد فتكون العهدة عليه، وهذه عهدة لأن المشتري منه ما رضي ببذل الثمن إلا ليسلم له المبيع ولم يسلم فقد أخذ الوصي البائع مال الغير بغير رضاه فيجب عليه ردّه. قال: **(ويرجع فيما ترك الميت)** لأنه عامل له فيرجع عليه كالوكيل. وكان أبو حنيفة يقول أوّلاً: لا يرجع لأنه ضمن بقبضه، ثم رجع إلى ما ذكرنا ويرجع في جميع التركة. وعن محمد أنه يرجع في الثلث لأن الرجوع بحكم الوصية فأخذ حكمها، ومحل الوصية الثلث. وجه الظاهر أنه يرجع عليه بحكم الغرور وذلك دين عليه والدين يقضى من جميع التركة، بخلاف القاضي أو أمينه إذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه، لأن في إلزامها القاضي تعطيل القضاء، إذ يتحامى عن تقلد هذه الأمانة حذراً عن لزوم الغرامة فتتعطل مصلحة العامة وأمينة سفير عنه كالرسول، ولا كذلك الوصي لأنه بمنزلة الوكيل وقد مرّ في كتاب القضاء، فإن كانت التركة قد هلكت أو لم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء كما إذا كان على الميت دين آخر. قال: **(وإن قسم الوصي الميراث فأصاب صغيراً من الورثة عبد فباعه وقبض الثمن فهلك واستحق العبد رجع في مال الصغير)** لأنه عامل له، ويرجع الصغير على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما أصابه. قال: **(وإذا احتال الوصيّ بمال اليتيم فإن كان خيراً لليتيم جاز)** وهو أن يكون أملأ، إذ الولاية نظرية، وإن كان الأول أملأ لا يجوز لأن فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه. قال: **(ولا يجوز بيع الوصيّ ولا شراؤه إلا بما يتغابن الناس في مثله)** لأنه لا نظر في الغبن الفاحش بخلاف اليسير

الكتابة لا محالة، فإن أداء بدل الكتابة بدون ثبوت الإذن له في الكسب محال، والإذن في الشرع فك الحجر وإسقاط الحق لا غير عندنا كما مر في أول كتاب المأذون فلا غبار في التعليل المزبور قوله: **(وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضاً لأنه يملكه الأب على الكبير)** قال صاحب الكفاية: قوله لأنه لا يملكه الأب على الكبير في صورة التناقض لقوله لأن الأب يلي ما سواه ويتفصى عنه بأن الأب لا يملكه بالولاية الحقيقية ويملكه بجهة الحفظ والنظر انتهى. أقول: ما ذكره في وجه التفصي عن التناقض ليس بتام، لأن الوصي أيضاً لا يملك غير العقاب على الكبير بالولاية الحقيقية، بل إنما يملكه عليه بجهة الحفظ والنظر كما يدل عليه وجه الاستحسان المذكور في الكتاب، فإن كان معنى قول المصنف وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضاً أنه كان القياس أن لا يملكه الوصي بجهة الحفظ والنظر أيضاً كما هو الظاهر من السياق والسياق لزم أن يكون معنى قوله لأنه لا يملكه الأب على الكبير: أي لا يملكه عليه بجهة الحفظ والنظر أيضاً، وهذا ينافي ما ذكره الشارح المزبور في وجه

الورثة إذا كانوا صغاراً جاز للوصي أن يبيع من تركة الميت العروض والعقار على جواب السلف كما ذكرناه من قبل سواء كانوا حاضرين أو غيباً وقال المتأخرون: إنما يجوز للوصي بيع عقار الصغير إذا كان على الميت دين لا وفاء له إلا من ثمن العقار، أو يكون للصغير حاجة لثمن العقار، أو يرغب المشتري في شرائه بضعف القيمة. وقيد بالغيبة لأنهم إذا كانوا حضوراً ليس للوصي التصرف في التركة أصلاً، لكن يتقاضى ديون الميت ويقبض حقوقه ويدفع إلى الورثة، إلا إذا كان على الميت دين أو أوصى بوصية ولم يقبض الورثة الديون ولم ينفذوا الوصية من مالهم فإنه يبيع التركة كلها إن كان الدين محيطاً أو بمقدار الدين إن لم يحط، وله بيع ما زاد على الدين أيضاً عند أبي حنيفة خلافاً لهما وتنفذ الوصية بمقدار الثلث ولو باع

قال المصنف: **(لأنه هو العاقد فتكون العهدة عليه)** أقول: العهدة استحقاق حقوق تلزم بالعقد، وقيل هي نفس العقد لأن العقد والعهد سواء والعهدة التبعة أيضاً غير أن في حقوق العباد المقصود منها المال وفي حقوق الله تعالى المقصود استحقاق الأداء، كذا في كشف البزدوي وذكر في المغرب، وقولهم عهدته على فلان فعلة بمعنى مفعول، ومعناه: ما أدرك فيه من درك فإصلاحه عليه.

لأنه لا يمكن التحرّز عنه، ففي اعتباره انسداد بابه. والصبيّ المأذون والعبد المأذون والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة لأنهم يتصرفون بحكم المالكية، والإذن فك الحجر، بخلاف الوصي لأنه يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظراً فيتقيد بموضع النظر. وعندهما لا يملكونه لأن التصرف بالفاحش منه تبرّع لا ضرورة فيه وهم ليسوا من أهله **(وإذا كتب كتاب الشراء على وصي كتب كتاب الوصية على حدة وكتاب الشراء على حدة)** لأن ذلك أحوط، ولو كتب جملة عسى أن يكتب الشاهد شهادته في آخره من غير تفصيل فيصير ذلك حملاً له على الكذب. ثم قيل: يكتب اشترى من فلان ابن فلان ولا يكتب من فلان وصي فلان لما بينا. وقيل لا بأس بذلك لأن الوصاية تعلم ظاهراً. قال: **(وبيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء إلا في العقار)** لأن الأب يلي ما سواه ولا يليه، فكذا وصيه فيه. وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضاً لأنه لا يملكه الأب على الكبير، إلا أنا استحسناه لما أنه حفظ لتسارع الفساد إليه، وحفظ الثمن أيسر وهو يملك الحفظ، أما العقار فمحصن بنفسه. قال: **(ولا يتجر في المال)** لأن المفوّض إليه الحفظ دون التجارة. وقال أبو يوسف ومحمد: وصيّ الأخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصيّ الأب في الكبير الغائب، وكذا وصيّ الأم ووصي العم. وهذا الجواب في تركة هؤلاء لأن وصيهم قائم مقامهم وهم يملكون ما يكون من باب الحفظ فكذا وصيهم. قال: **(والوصيّ أحق بمال**

التفصي عن التناقض كما لا يخفى، وإن كان معنى ذلك كان القياس أن لا يملكه الوصي بالولاية الحقيقية وهو يشعر بأن يكون ذلك القياس متروكاً مع أنه لم يترك قط، إذ لم يقل أحد بأن الوصيّ يملكه على الكبير بالولاية الحقيقية. فالوجه في تقرير هذا المحل ما ذكره الإمام الزيلعي في التبيين حيث قال: وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضاً ولا الأب كما لا يملكه على الكبير الحاضر، إلا أنه لما كان في حفظ ماله جاز استحساناً فيما يتسارع إليه الفساد، لأن حفظ ثمنه أيسر وهو يملك الحفظ فكذا وصيه. وأما العقار فمحفوظ بنفسه فلا حاجة فيه إلى البيع انتهى. ثم إن بعض الفضلاء بعد أن نقل ما في الكفاية ردّه بوجه آخر حيث قال: ولا يوافقه قوله ولا يليه انتهى.

لتنفيذها شيئاً من التركة جاز بمقدارها بالإجماع وفي الزيادة الخلاف المذكور في الدين. وقوله: **(لأن الأب يلي ما سواه)** دليل المسألة وهو واضح ولكن هذا المذكور حكم المسألة إذا لم يكن على التركة دين مستغرق فإن كان وهو مستغرق فله أن يبيع الجميع لأنه لا يمكنه قضاء الديون إلا بالبيع فكان مأموراً بالبيع من جهة الموصي، وإن كان غير مستغرق يبيع بقدر الدين من المنقول والعقار والزيادة عليه من المنقول بالاتفاق، ومن العقار أيضاً عند أبي حنيفة خلافاً لهما، قالا في منع بيع الزيادة: إن جوازه للحاجة ولا حاجة إلى بيع الزائد فلا يجوز، واستحسن أبو حنيفة فقال: الولاية ها هنا بسبب الوصاية وهي لا تتجزأ، فمتى تثبت له الولاية في بيع البعض تثبت في الباقي، ولأن في بيع البعض إضراراً لتعيب الباقي فكان في بيع الكل توفير المنفعة عليهم، وللوصيّ ولاية ذلك في نصيب الكبير؛ ألا يرى أنه يملك الحفظ وبيع المنقولات حال غيبته لما فيه من المنفعة. فإن قلت: قد علم حكم المسألة إذا كانت الورثة كباراً بعبارة الكتاب وإذا كانوا صغاراً بمفهومه، فما حكمها إذا كانوا صغاراً وكباراً. قلت: حكمها أن الكبار إذا كانوا غيباً وخلت التركة عن دين ووصية فللوصي بيع المنقول بالإجماع وبيع حصة الصغار من العقار، وأما بيع حصة الكبار منه فعلى الخلاف الذي مر، وإن اشتغلت بدين مستغرق يبيع المنقول والعقار جميعاً، وبغير مستغرق يبيع بقدر الدين من المنقول والعقار جميعاً، وفي الزيادة الخلاف وإن كانوا حضوراً وكانت التركة خالية عن الدين يبيع حصة الصغار من العقار بالإجماع، وفي بيع حصة الكبار الخلاف، وإن كانت مشغولة بدين مستغرق يبيع الكل وبغير مستغرق بقدره والزيادة على الخلاف. وقوله: **(ولا يتجر في المال)** ظاهر. وقوله: **(وهذا الجواب في تركة هؤلاء)** يعني الأخ والأم والعم، وإنما قيد بتركة هؤلاء لأن وصي هؤلاء فيما ترك الأب ليس كوصي الأب في الكبير الغائب، فإن وصي الأم لا يملك على الصغير بيع ما ورثه الصغير عن أبيه، العقار والمنقول في ذلك سواء لأنه قائم مقام الأم والأم

قوله: **(لأن الإذن فك الحجر)** أقول: فيه بحث، فإن الكلام كان عاماً للصبي المأذون والمكاتب.

الصغير من الجد) وقال الشافعي: الجد أحق لأن الشرع أقامه مقام الأب حال عدمه حتى أحرز الميراث فيقدم على وصيه. ولنا أن بالإيصاء تنتقل ولاية الأب إليه فكانت ولايته قائمة معنى فيقدم عليه كالأب نفسه، وهذا لأن اختياره الوصيّ مع علمه بقيام الجد يدل على أن تصرفه أنظر لبنيه من تصرف أبيه **(فإن لم يوص الأب فالجد بمنزلة الأب)** لأنه أقرب الناس إليه وأشفقهم عليه حتى يملك الإنكاح دون وصي، غير أنه يقدم عليه وصي الأب في التصرف لما بيناه.

أقول: هذا ساقط إذ لا نسلم أن قول المصنف فيما قبل ولا يليه لا يوافق ما في الكفاية من التوجيه، فإن معناه ولا يلي الأب العقار كما يلي غيره إذ في غيره حفظ ماله وهو يملك الحفظ، وأما العقار فمحفوظ بنفسه فلا يليه، وهذا لا ينافي ما في الكفاية بل يوافقه كما لا يخفى على ذي فطنة.

حال حياتها لا تملك بيع ما ورثه الصغير المنقول والعقار المشغول بالدين والخالي عنه فكذلك وصيها وأما ما ورثه الصغير من الأم فلوصيها فيه بيع المنقول دون العقار، لأن له ولاية الحفظ، وبيع المنقول من الحفظ دون العقار إذا لم يكن على التركة دين أو وصية. أما إذا كان دين فإن كان مستغرقاً فله بيع الكل ودخل بيع العقار تحت ولايته لأن بيع العقار طريق قضاء الدين وقضاء الدين دخل تحت ولايته، وإن لم يكن مستغرقاً يبيع بقدر الدين، وأما بيع الزيادة على قدر الدين فعلى الاختلاف المار، وهذا الجواب بعينه هو الجواب عن وصي الأخ والعم، لأنه كما لا ولاية للأم على الصغير في المال فكذا لا ولاية للأخ والعم عليه. وقوله: **(والوصيّ أحق بمال الصغير من الجد الخ)** ظاهر. وقوله: **(لما بينا)** إشارة إلى قوله ولنا أن بالإيصاء تنتقل ولاية الأب إليه الخ.

قال المصنف: **(وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضاً لأنه لا يملكه الأب على الكبير)** أقول: يناقض ظاهره لقوله لأن الأب بل ما سواه، ويتفصى عنه بأن الأب لا يملكه بالولاية الحقيقة ويملكه بجهة الحفظ والنظر، كذا في الكفاية، ولا يوافقه قوله ولا يليه.

فصل في الشهادة

قال: **(وإذا شهد الوصيان أن الميت أوصى إلى فلان معهما فالشهادة باطلة)** لأنهما متهمان فيها لإثباتهما معيناً لأنفسهما. قال: **(إلا أن يدّعيها المشهود له)** وهذا استحسان، وهو في القياس كالأول لما بينا من التهمة. وجه

فصل الشهادة في الوصية

قال صاحب النهاية: لما لم تكن الشهادة في الوصية أمراً مختصاً بالوصية أخّر ذكرها لعدم عراقتها فيها انتهى. واقتفى أثره صاحب العناية نقلاً عنه. أقول: ليس ذلك بسديد، لأن الذي لا يختص بالوصية إنما هو مطلق الشهادة، وأما الشهادة في الوصية فمختصة بها قطعاً فلا معنى لقوله لما لم تكن الشهادة في الوصية أمراً مختصاً بالوصية كما لا يخفى. والظاهر في وجه التأخير ما ذكره صاحب الغاية حيث قال: إنما أخّر ذكر الشهادة في الوصية لكونها عارضة غير أصليه لأن الأصل عدم العارض انتهى قوله: **(وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصيّ ابتداء أو ضم آخر إليهما برضاه بدون شهادتهما فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه. أما الوصاية تثبت بنصب القاضي)** قال صاحب النهاية: فإن قيل: إذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج إلى أن ينصب عن الميت وصياً آخر، فإذا لم يكن له ذلك من غير شهادة فكذلك عند أداء الشهادة إذا تمكنت التهمة فيه. قلنا: القاضي وإن كان لا يحتاج إلى نصب الوصي لكن الموصى إليهما متى شهدا بذلك كان من زعمهما أنه لا تدبير لنا في هذا المال إلا بالثالث. فأشبه من هذا الوجه ما لم يكن ثمة وصي وهناك تقبل الشهادة فكذلك هنا. كذا ذكره الإمام المحبوبي في باب القضاء بالشهادة من قضاء الجامع الصغير، إلى هنا لفظ النهاية. واقتفى أثر ذلك جماعة من الشراح منهم صاحب العناية. أقول: كل من السؤال والجواب منظور فيه عندي. أما السؤال فلا اتجاه له أصلاً، فإن الوصيين اللذين نصبهما الميت إذا كانا عاجزين عن القيام بالوصية فللقاضي أن يضم إليهما وصياً آخر بلا ريب كما تقرر في أوائل باب الوصي وما يملكه، وإذا لم يكونا عاجزين عنه ولكن سألا القاضي أن يضم إليهما الآخر ورضي به الآخر فله أيضاً أن يضم إليهما الآخر كما صرح به في كثير من المعتبرات، وأشار إليه المصنف هنا بقوله أو ضم آخر إليهما برضاه. قال تاج الشريعة في شرحه: يعني لو سألا من القاضي أن يجعل هذا الرجل وصياً معهما برضاه فعلى القاضي أن يجيبهما في ذلك انتهى. ثم إن هذا حال الضم إلى الوصيين مطلقاً، وأما فيما نحن فيه فيجب على القاضي أن يضم الثالث إليهما البتة وإن بطلت شهادتهما كما نص عليه في عامة المعتبرات، منها التبيين فإنه قال فيه: فإذا ردت شهادتهما ضم القاضي إليهما ثالثاً، لأن في ضمن شهادتهما إقرار منهما بوصيّ آخر معهما للميت، وإقرارهما حجة على أنفسهما فلا يتمكنان من التصرف بعد ذلك بدونه فصار في حقهما بمنزلة ما لو مات أحد الأوصياء الثلاثة. ثم

فصل في الشهادة

قال في النهاية: لما لم تكن الشهادة في الوصية أمراً مختصاً بالوصية أخر ذكرها لعدم عراقتها فيها، وقوله: **(وإذا شهد الوصيان)** ظاهر. وقوله: **(وجه الاستحسان الخ)** اعترض عليه بأنه إذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج إلى أن ينصب عن الميت وصياً آخر، فإذا لم يكن له ذلك من غير شهادة فكذلك عند أداء الشهادة إذا تمكنت فيه الشبهة. وأجيب بأن القاضي وإن كان لا يحتاج إلى نصب الوصي لكن الموصى إليهما متى شهدا بذلك كان من زعمهما أنه لا تدبير لنا في هذا المال إلا بالثالث، فأشبه من هذا الوجه ما لم يكن ثمة وصيّ وهناك تقبل الشهاد، فكذلك ها هنا، ومعنى قبول الشهادة إسقاط مؤنة التعيين، أما الوصاية تثبت بنصب القاضي. وقوله: **(وكذلك الابنان)** معطوف على المستثنى منه وهو قوله فالشهادة باطلة، وقوله: **(وكذا لو شهدا يعني الوصيين الخ)** واضح. وقوله: **(وإذا شهد رجلان لرجلين)** جنس هذه المسائل أربعة أوجه: الأول ما اختلفوا فيه وهو الشهادة بالدين. والثاني ما اتفقوا على عدم جوازه وهو الشهادة بالوصية بجزء شائع من التركة

الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء أو ضم آخر إليهما برضاه بدون شهادتهما فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه. أما الوصاية تثبت بنصب القاضي. قال: (وكذلك الابنان) معناه إذا شهدا أن الميت أوصى إلى رجل

قال في بيان وجه الاستحسان في صورة قبول شهادتهما: وجه الاستحسان أنه يجب على القاضي أن يضم إليهما ثالثاً على ما بينا آنفاً فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه فيكون وصياً معهما بنصب القاضي إياه انتهى. ومنها المحيط فإنه قال فيه: قال في الأصل: وإذا كذبهما المشهود عليه أدخلت معهما رجلاً آخر سوى المشهود عليه، من مشايخنا من قال ما ذكر أنه يدخل معهما ثالثاً قول أبي حنيفة ومحمد، وأما عند أبي يوسف لا يدخل معهما ثالثاً. ومنهم من يقول لا، بل المذكور في الكتاب قولهم جميعاً وهو الظاهر، فإنه لم يحك فيه خلافاً. وإن صدقهما وقال لا أقبل الوصية قال أدخلت معهما ثالثاً، بخلاف ما لو قبل ثم أبى فإنه لا يعمل ردّه وإباؤه، إلى هنا لفظ المحيط. وأما الجواب فلأن قياس ما نحن فيه على ما لم يكن ثمة وصي بقوله وهناك تقبل الشهادة فكذلك هنا قياس مع الفارق إذ لا تهمة هناك وفيما نحن فيه تهمة كما بينوا، وأيضاً القاضي يحتاج هناك إلى نصب الوصي وهنا لا يحتاج إليه في زعم المجيب، فأن هذا من ذاك، ومجرد المشابهة في جهة لا يصحح القياس كما لا يخفى. ثم إنّ بعض المتأخرين استشكل هذا المقام بوجه آخر فقال فيه: إن وجوب كون المضمون هذا المدعي أثر شهادة المتهم مع أنه لا تقبل شهادة المتهم فكيف يترتب عليها أثر انتهى. أقول: هذا ليس بشيء، لأن شهادة المتهم إنما لا تقبل في إثبات حق شرعي وإيجابه، لا في إسقاط شيء كمؤنة التعيين فيما نحن فيه فإن شهادتهما تسقط عن القاضي مؤنة التعيين وإن لم تثبت الوصاية كما أشار إليه المصنف بقوله فتسقط بشهادتهما مؤنة التعيين. عنه أما الوصاية تثبت بنصب القاضي، وكم من شيء يكون حجة في الدفع ولا يكون حجة في الإثبات كالاستصحاب ونحوه فيجوز أن تكون شهادة المتهم أيضاً كذلك فيترتب عليها أثر الدفع، ولقد أفصح عنه صاحب الغاية هنا حيث قال: وجه الاستحسان أن القاضي ملك نصب الوصي إذا كان طالباً والموت معروفاً فلا يثبت القاضي بهذه الشهادة ولاية لم تكن، وإنما أسقطت عنه مؤنة التعيين. ومثاله أن القرعة ليست بحجة، ويجوز استعمالها في تعيين الأنصباء لدفع التهمة عن القاضي فصلحت دافعة لا موجبة، فكذلك هذه الشهادة تدفع عنه مؤنة التعيين انتهى قوله: (وكذلك الابنان) قال الشراح: قوله وكذلك الابنان معطوف على المستثنى منه وهو قوله فالشهادة باطلة اهـ. أقول: تفسير المصنف قوله وكذلك الابنان بقوله معناه إذا شهدا أن الميت أوصى إلى رجل وهو ينكر يقتضي أيضاً بظاهره أن يكون قوله وكذلك الابنان معطوفاً على قوله فالشهادة باطلة، لأن الحكم في صورة الإنكار بطلان الشهادة لا غير، لكن لم يظهر لي ما دعاهم إلى جعل قوله وكذلك الابنان معطوفاً على المستثنى منه فقط دون مجموع المستثنى والمستثنى منه مع صحة المعنى في الثاني أيضاً وزيادة الإفادة إذ يصير المعنى إذ ذاك وكذلك حكم شهادة الابنين في صورة أن ينكر المشهود له ما شهدا به، وفي صورة أن يدعيه فإن شهادتهما تبطل في الصورة الأولى وتقبل في الصورة الثانية استحساناً وهذا جيد جداً فإن جواب مسألة شهادة الابنين كجواب مسألة شهادة الوصيين في الصورتين معاً كما صرح به في عامة الكتب، وأما إذا جعل قوله وكذلك الابنان معطوفاً على المستثنى منه فقط يلزم أن تكون إحدى صورتي مسألة شهادة الابنين متروكة البيان في الكتاب بالكلية من غير ضرورة، ولا يخفى ما فيه. فالحق عندي أنه معطوف على المجموع لا محالة قوله: **(بخلاف شهادتهما في غير التركة لانقطاع ولاية وصيّ الأب عنه، لأن الميت أقامه مقام نفسه في تركته لا في**

كالشهادة بألف مرسلة أو بثلث المال. والثالث ما اتفقوا على جوازه وهو أن يشهدا لرجلين بجارية ويشهد المشهود لهما للشاهدين بوصية عبد. والرابع وهو المذكور في الكتاب آخراً هو أن يشهدا لرجلين بعين ويشهد المشهود لهما للشاهدين بألف مرسلة أو بثلث المال، ومبنى ذلك كله على تهمة الشركة، فما تثبت فيه التهمة لا تقبل فيه الشهادة وهو الثاني والرابع، وما لم

وهو ينكر لأنهما يجران إلى أنفسهما نفعاً بنصب حافظ للتركة **(ولو شهدا)** يعني الوصيين **(لوارث صغير بشيء من مال الميت أو غيره فشهادتهم باطلة)** لأنهما يظهران ولاية التصرف لأنفسهما في المشهود به. قال: **(وإن شهدا لوارث كبير في مال الميت لم يجز، وإن كان في غير مال الميت جاز)** وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: إن شهدا لوارث كبير تجوز في الوجهين، لأنه لا يثبت لهما ولاية التصرف في التركة إذا كانت الورثة كباراً فعريت عن التهمة. وله أنه يثبت لهما ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث فتحققت التهمة بخلاف شهادتها في غير التركة لانقطاع ولاية وصي الأب عنه، لأن الميت أقامه مقام نفسه في تركته لا في غيرها. قال: **(وإذا شهد رجلان لرجلين على ميت بدين ألف درهم وشهد الآخران للأولين بمثل ذلك جازت شهادتهما، فإن كانت شهادة كل فريق للآخر بوصية ألف درهم لم تجز)** وهذا قول أبي حنيفة وأحمد. وقال أبو يوسف: لا تقبل في الدين أيضاً. وأبو حنيفة فيما ذكر الخصاف مع أبي يوسف. وعن أبي يوسف مثل قول محمد. وجه القبول أن الدين يجب في الذمة

غيرها) أقول: لقائل أن يقول: هذا التعليل يقتضي أن تجوز شهادتهما لوراث صغير أيضاً في غير تركة عند أبي حنيفة لجريانه بعينه هناك أيضاً مع أن عدم جواز شهادتهما لوارث صغير بشيء من تركة الميت وغيرها متفق في الكتاب آنفاً فليتأمل في الدفع قوله: **(وإذا شهد رجلان لرجلين على ميت إلى آخر الفصل)** قال في العناية: جنس هذه المسائل أربعة أوجه: الأول ما اختلفوا فيه وهو الشهادة بالدين. والثاني ما اتفقوا على عدم جوازه وهو الشهادة بالوصية بجزء شائع من التركة كالشهادة بألف مرسلة أو بثلث المال. والثالث ما اتفقوا على جوازه وهو أن يشهدا لرجلين بجارية ويشهد المشهود لهما للشاهدين بوصية عبد. والرابع وهو المذكور في الكتاب آخراً هو أن يشهدا لرجلين بعين ويشهد المشهود لهما للشاهدين بألف مرسلة أو بثلث المال، ومبنى ذلك كله على تهمة الشركة، فما ثبت فيه التهمة لا تقبل الشهادة فيه وهو الثاني والرابع، وما لم يثبت فيه التهمة قبلت كما في الثالث على ما ذكر في الكتاب. وأما الوجه الأول فقد وقع الاختلاف فيه بناء على ذلك أيضاً انتهى. أقول: تقسيم صاحب العناية وتقريره هنا مختل؛ لأنه إن أراد بالأجه الأقسام الكلية فهي ثلاثة لا غير: أحدها ما اتفقوا على جوازه. وثانياً ما اتفقوا على عدم جوازه. وثالثها ما اختلفوا فيه. وما عده وجهاً رابعاً داخل في القسم الثاني لا محالة. وإن أراد بها الأمثلة فهي خمسة لا أربعة كما يدل عليه عبارة الكتاب، فلا وجه لجعل الاثنين منها وجهاً واحداً، على أن قوله الأول ما اختلفوا فيه، والثاني ما اتفقوا على عدم جوازه، والثالث ما اتفقوا على جوازه لا يساعد كون مراده بالأوجه هو الأمثلة، بل يقتضي كون مراده بها هو الأقسام الكلية المذكورة كما لا يخفى. ثم إن صاحبي النهاية والكفاية وإن ذهبا أيضاً إلى كون الأوجه في جنس هذه المسائل الأربعة، إلا أن تقريرهما لا ينافي كون المراد بالأوجه هو الأمثلة والمسائل دون الأقسام الكلية والأصول كما ينافية تقرير صاحب العناية فإنهما قالا فيه: وجنس هذه المسائل على أربعة أوجه: في الوجه الأول تقبل الشهادة بالإجماع، وهو أن يشهد الرجلان بوصية عين لرجلين كالعبد ويشهد الموصى لهما لهذين الشاهدين بوصية عين أخرى كالجارية لأنه لا شركة للمشهود فيه فلا تتمكن التهمة. وفي الوجه الثاني لا تقبل بالإجماع، وهو أن يشهد الرجلان بالوصية بجزء شائع كالوصية بثلث ماله ويشهد المشهود لهما للشاهدين بألف مرسلة أيضاً. وفي الوجه الثالث لا تقبل أيضاً وهو أن يشهد الرجلان أن الميت أوصى لهذين

تثبت فيه التهمة قبلت كالثالث على ما ذكر في الكتاب. وأما الوجه الأول فقد وقع الاختلاف فيه بناء على ذلك أيضاً، فوجه القبول وهو الذي ثبت عليه الإمام محمد ولم يطرد أن الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة، ولهذا لو تبرّع

قوله: (معطوف على المستثنى منه وهو قوله والشهادة باطلة) أقول: يعني أنه معطوف عليه بعد تقييده بالشرط كما قيل في عطف قوله تعالى ﴿ولا يستأخرون﴾.

وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة، ولهذا لو تبرّع أجنبيّ بقضاء دين أحدهما ليس للآخر حق المشاركة. وجه الردّ أن الدين بالموت يتعلق بالتركة إذ الذمة خربت بالموت، ولهذا لو استوفى أحدهما حقه من التركة يشاركه الآخر فيه فكانت الشاهدة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة، بخلاف حال حياة المديون لأنه في الذمة لبقائها لا في المال فلا تتحقق الشركة. قال: **(ولو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بجاريته وشهد المشهود لهما أن الميت أوصى للشاهدين بعبده جازت الشهادة بالاتفاق)** لأنه لا شركة فلا تهمة **(ولو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بثلث ماله وشهد المشهود لهما أنه أوصى للشاهدين بثلث ماله فالشهادة باطلة، وكذا إذا شهد الأولان أن الميت أوصى لهذين الرجلين بعبد وشهد المشهود لهما أنه أوصى للأولين بثلث ماله فهي باطلة)** لأن الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة.

الرجلين بعين كالعبد ويشهد المشهود لهما أن الميت أوصى للشاهدين الأولين بثلث ماله، لأن الشهادة مثبتة للشركة. وفي الوجه الرابع اختلفوا فيه، وهو الشهادة بالدين انتهى تدبر تفهم. ثم إن الحق أن تثلث القسمة هنا كما فعله الفقيه أبو الليث في كتاب نكت الوصايا حيث قال: وإذا شهد أربعة نفر شهد هذان لهذين وهذان لهذين على الميت فإن هذا على ثلاثة أوجه: في وجه تقبل شهادتهما بالاتفاق، وفي وجه لا تقبل بالاتفاق، وفي وجه اختلفوا فيه، ثم فصل كل وجه بأمثلته ودليله. وكما فصله شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي للحاكم الشهيد حيث قال: وها هنا ثلاثة فصول: أحدهما ما لا تقبل فيه الشهادة بالاتفاق، والثاني ما تقبل فيه الشهادة بالاتفاق، والثالث ما اختلفوا فيه وبين كل واحد منها تأمل.

أجنبي بقضاء دين أحدهما ليس للآخر حق المشاركة. ووجه الرد أن الدين بالموت يتعلق بالتركة لخراب الذمة به، ولهذا لو استوفى أحدهما حقه من التركة شاركه الآخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة، بخلاف حال حياة المديون لأنه في الذمة لبقائها لا في المال فلا تتحقق الشركة.

كتاب الخنثى

فصل في بيانه

قال: (وإذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى، فإن كان يبول من الذكر فهو غلام، وإن كان يبول من الفرج

كتاب الخنثى

قال في النهاية: لما فرغ من بيان أحكام من له آلة واحدة في المبال من آلتي النساء والرجال شرع في بيان أحكام من له آلتان فيه، وقد ذكر الأول لما أن الواحد قبل الاثنين، أو لأن الأول هو الأعم والأغلب وهذا كالنادر فيه انتهى. أقول: فيه بحث. أما أوّلاً فلأن ما ذكر في الكتب السالفة من الأحكام ليس بمخصوص بمن له آلة واحدة، بل يعم من له آلة واحدة ومن له آلتان؛ ألا يرى أن الأحكام المارة في كتاب الوصيات مثلاً جارية بأسرها في حق الخنثى أيضاً، وكذلك الحال في أحكام سائر الكتب المتقدمة كلها أو جلها، فما معنى قوله لما فرغ من بيان أحكام من له آلة واحدة شرع في بيان أحكام من له آلتان، وأما ثانياً فلأن قوله شرع في بيان أحكام من له آلتان ليس بتام، إذ جعل المصنف لكتاب الخنثى فصلين، ووضع الفصل الأول لبيانه والفصل الثاني لأحكامه حيث قال: فصل في بيانه، ثم قال: فصل في أحكامه، فهو في هذا الكتاب إنما شرع حقيقة في بيان من له آلتان لا في بيان أحكامه، وإنما ذكر أحكامه في الفصل الثاني بعد أن ذكر بيان نفسه في الفصل الأول، وإن صح أن يقال شرع في أحكامه أيضاً بتأويل مّا فما معنى تخصيص الشروع بالثاني في قوله شرع في بيان حكم من له آلتان، ويمكن التوجيه بعناية فتأمل. وقال في العناية: لما فرغ من بيان أحكام من غلب وجوده ذكر أحكام من هو نادر الوجود اهـ. أقول: يتجه عليه أيضاً ما ذكرناه آنفاً من البحث الأول بل بعض البحث الثاني أيضاً فتأمل. وقال في غاية البيان: أخّر كتاب الخنثى لوقوعه نادراً لأن الأصل أن يكون لكل شخص آلة واحدة، إما آلة الرجل، وإما آلة الأنثى، واجتماع الآلتين في شخص واحد في غاية الندرة، ولكن قد يقع ذلك فيحتاج إلى بيان حكمه، فلأجل هذا ذكره وأخّره عن سائر الكتب لندرته وقلة الاحتياج إلى بيانه اهـ. أقول: هذا جيد إلا قوله وقلة الاحتياج إلى بيانه، فإن ما يكون نادر الوقوع وخلاف المعتاد يكون أحوج إلى البيان لكونه بعيداً عن الأذهان موقوفاً حاله على أمر خفي. وعن هذا قال في النهاية: ومن محاسن أحكام الخنثى ترك الإهمال في البيان وإن ندر وجوده في الأزمان.

فصل في بيانه

قال صاحب العناية: فإن قيل: الفصل إنما يذكر لقطع شيء من شيء آخر باعتبار نوع مغايرة بينهما، وها هنا لم يتقدم شيء فما وجه ذكر الفصل. قلت: كلامه في قوة أن يقال: هذا الكتاب فيه فصلان: فصل في بيان الخنثى

كتاب الخنثى

فصل في بيانه

لما فرغ من بيان أحكام من غلب وجوده ذكر أحكام من هو نادر الوجود. ذكر في المغرب أن تركيب الخنث يدل على لين وتكسر ومنه المخنث وتخنث في كلامه. فإن قيل: الفصل إنما يذكر لقطع شيء من شيء آخر باعتبار نوع مغايرة بينهما

كتاب الخنثى

فهو أنثى) لأن النبيّ عليه الصلاة والسلام سئل عنه كيف يورّث؟ فقال من حيث يبول»[١] وعن عليّ رضي الله عنه مثله. ولأن البول من أي عضو كان فهو دلالة على أنه هو العضو الأصلي الصحيح والآخر بمنزلة العيب **(وإن بال منهما فالحكم للأسبق)** لأن ذلك دلالة أخرى على أنه هو العضو الأصلي **(وإن كانا في السبق على السواء فلا معتبر بالكثرة عند أبي حنيفة. وقالا: ينسب إلى أكثرهما بولاً)** علامة قوّة ذلك العضو وكونه عضواً أصلياً، ولأن للأكثر حكم الكل في أصول الشرع فيترجح بالكثرة. وله أن كثرة الخروج ليس يدل على القوة، لأنه قد يكون لاتساع في أحدهما وضيق في الآخر، وإن كان يخرج منهما على السواء فهومشكل بالاتفاق لأنه لا مرجح. قال: **(وإذا بلغ الخنثى وخرجت له لحية أو وصل إلى النساء فهو رجل)** وكذا إذا احتلم كما يحتلم الرجل أو كان له ثدي مستو، لأن هذه من علامات الذكران **(ولو ظهر له ثدي كثدى المرأة أو نزل له لبن في ثديه أو حاض أو حبل أو أمكن الوصول إليه من الفرج فهو امرأة)** لأن هذه من علامات النساء **(وإن لم يظهر إحدى هذه العلامات فهو خنثى مشكل)** وكذا إذا تعارضت هذه المعالم.

وفصل في أحكامه، وما ذكرت فإنما هو في وقوعه في التفصيل لا في الإجمال اهـ. وقال بعض المتأخرين بعد نقل هذا السؤال وجوباً: ولك أن تقول انفصال طائفة من المسائل عن أخرى منها يستلزم انفصال الأخرى عن الأولى، فإذا عنونت الثانية بالفصل كما هو المعتاد كان ذلك في قوّة تعنون الأولى به أيضاً وإن لم يصرح به في العادة، لكن صرح به هنا إشارة في أول الوهلة إلى أن هنا فصلاً آخر يذكر بعيده وهو ما ذكره بقوله فصل في أحكامه فتأمل انتهى. أقول: هذا كلام خارج عن سنن السداد. أما أولاً فلأن الفصل إنما يذكر لقطع شيء من شيء آخر تقدم عليه لا لقطعه من شيء آخر مطلقاً، وقد أشار إليه صاحب العناية بقوله وهنا لم يتقدم شيء فما وجه ذكر الفصل؟ فاستلزام انفصال طائفة من المسائل عن أخرى منها انفصال الأخرى عن الأولى إنما يقتضي تحقق معنى الانفصال مطلقاً في الأولى لا تحقق الانفصال عما تقدم في الأولى أيضاً كما لا يخفى، والفصل إنما يذكر لقطع شيء من شيء آخر تقدم عليه فلا يتم التقريب. وأما ثانياً فلأنه كيف يحصل بالتصريح بالفصل هنا الإشارة في أول الوهلة إلى هنا فصلاً آخر يذكر بعيده وذكر فصل لا يقتضي ذكر فصل آخر لا في اللغة ولا في العرف، وإلا لزم أن يقتضي ذكر فصل في أحكامه ذكر فصل آخر أيضاً بعيده ولم يذكر بعده فصل آخر قطعاً، وعن هذا تراهم يذكرون في كثير من المواضع فصلاً واحداً ولا يذكرون بعده فصلاً آخر أصلاً.

وهاهنا لم يتقدم شيء فما وجه ذكر الفصل؟ قلت: كلامه في قوة أن يقال هذا الكتاب فيه فصلان: فصل في بيان الخنثى، وفصل في أحكامه، وما ذكرت فإنما هو فى وقوعه في التفصيل لا في الإجمال قال: **(وإذا كان الخ)** أي قال القدوري: إذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى، والظاهر أن الواو الواقعة في أول الكلام للاستئناف وكلامه ظاهر. وقوله: **(فهو دلالة على أنه هو العضو الأصلي الصحيح)** وجه الدلالة أن الله تعالى خلق في الحيوان كل عضو لمنفعة، ومنفعة هاتين الآلتين عند الانفصال من الأم ليست إلا خروج البول منهما، وما سوى ذلك من المنافع يحدث بعد ذلك، فعرفنا أن المنفعة الأصلية للآلة كونها مبالاً، فإذا بال من أحدهما عرف أن الآلة التي هي للفصل في حقه هذه والآخر زيادة خرق في البدن فكان بمنزلة العيب والباقي ظاهر. وحاصلة إن ظهرت علامة الرجال فهو رجل، وإن ظهرت علامة النساء فهو امرأة، وإن لم يظهر شيء أو تعارضت العلامات فهو خنثى مشكل، وهذا يرفع ما يقال: لا إشكال بعد البلوغ إلا إذا أريد به الغالب.

---

(١) واهٍ بمره. وقد صحح موقوفاً والمرفوع أخرجه البيهقي ٦/ ٢٦١ وابن عدي في الكامل ٦/ ١٩ كلاهما من حديث ابن عباس، وهو من طريق الكلبي، وهو محمد بن السائب عن أبي صالح به، وهذا إسناد واهٍ بمرة، والكلبي متهم. كذّبه غير واحد.
وقد قال البيهقي عقب حديثه: لا يحتج به. ثم أسنده عن علي موقوفاً من عدة طرق، وأسنده عن ابن المسيب من قوله، وكذا عن جابر ابن زيد، وهو في سنن الدارمي ٢٨٥٧ عن علي موقوفاً.

فصـل في أحكامه

قال رضي الله عنه: الأصل في الخنثى المشكل أن يؤخذ فيه بالأحوط والأوثق في أمور الدين، وأن لا يحكم بثبوت حكم وقع الشك في ثبوته. قال: **(وإذا وقف خلف الإمام قام بين صَفّ الرجال والنساء)** لاحتمال أنه امرأة فلا يتخلل الرجال كي لا يفسد صلاتهم ولا النساء لاحتمال أنه رجل فتفسد صلاته **(فإن قام في صفّ النساء فأحبّ إليّ أن يعيد صلاته)** لاحتمال أنه رجل **(وإن قام في صفّ الرجال فصلاته تامة ويعيد الذي عن يمينه وعن يساره والذي**

فصل في أحكامه

أي في أحكام الخنثى المشكل، وهو الذي لم تظهر فيه إحدى العلامات، وتعارضت اللامات لأن غير المشكل إما أن يكون رجلاً أو امرأة، وحكم كل واحد منهما معلوم فيما مضى من الكتب على وجه التفصيل قوله: **(وإذا وقف خلف الإمام قام بين صف الرجال والنساء)** هذا لفظ القدوري في مختصره. قال المصنف في تعليله **(لاحتماله أنه امرأة فلا يتخلل الرجال كي لا يفسد صلاتهم، ولا النساء لاحتمال أنه رجل فتفسد صلاته)** أقول: في تحرير هذا التعليل نوع خلل، لأن قوله ولا النساء عطف على الرجال في قوله فلا يتخلل الرجال. وقوله فلا يتخلل الرجال متفرّع على قوله لاحتمال أنه امرأة لأنه معطوف فيلزم أن يكون قوله ولا النساء متفرعاً أيضاً على قوله لاحتمال أنه امرأة، لأن المعطوف في حكم المعطوف عليه بالنظر إلى ما قبله، فيصير الحاصل لاحتمال أنه امرأة فلا يتخلل الرجال ولا النساء، ولا شك أنه لا معنى لتفرع عدم تخلله النساء على قوله لاحتمال أنه امرأة، إذ لا تأثير للاحتمال أنه امرأة في عدم تخلله النساء، بل مجرد احتمال أنه امرأة مما يجوّز تخلله النساء، وإنما التأثير في عدم تخلله النساء لاحتمال أنه رجل، وكأن صاحب الكافي ذاق هذه البشاعة فغير تحرير المصنف في التعليل حيث قال: وإن وقف خلف الإمام قام بين صف الرجال والنساء فلا يتخلل الرجال حتى لا يفسد صلاتهم لاحتمال أنه امرأة، ولا يتخلل النساء حتى تفسد صلاته لاحتمال أنه رجل انتهى قوله: **(فإن قام في صف النساء فأحب إليّ أن يعيد صلاته لاحتمال أنه رجل)** هذا لفظ محمد في الأصل قال جمهور الشراح: إنما قال باستحباب إعادة الصلاة دون الوجوب والأخذ بالاحتياط في باب العبادات واجب، لأن المسقط وهو الأداء معلوم، والمسفد هو محاذاة الرجل المرأة في صلاة مشتركة موهوم، فللتوهم أحبّ له أن يعيد الصلاة انتهى. وعزاه في النهاية والكفاية إلى المبسوط. أقول: فيه نظر، إذ لا يذهب على ذي فطانة أن كون المفسد موهوماً لا يرفع وجوب إعادة الصلاة عند تقرّر كون الأخذ بالاحتياط واجباً في باب العبادات كما صرحوا به، فإن الاحتياط يقتضي الاحتراز على الموهوم أيضاً، فالظاهر عندي ما ذكرَ في الذخيرة ونقله الشراح هنا عنها، وهو أن قوله فأحبّ إليّ أن يعيد صلاته فيما إذا كان الخنثى المشكل مراهقاً، فإن الإعادة مستحبة في حقه تخلقاً واعتياداً. وأما إذا كان بالغاً فالإعادة واجبة لأنه إن كان

فصـل في أحكامه

لما كان الغرض من ذكر الخنثى معرفة أحكام الخنثى المشكل، لأن غير المشكل إما أن يكون رجلاً أو امرأة وحكم كل واحد منهما معلوم، ذكر في هذا الفصل أحكامه فقال **(الأصل في الخنثى المشكل)** ولم يقل المشكلة، لأنه لما لم يعلم تذكيره وتأنيثه والأصل هو الذكر لأن حواء خلقت من ضلع آدم اعتبره، **(فإن قام في صفّ النساء فأحبّ إليّ أن يعيد صلاته لاحتمال أنه رجل)** قيل: وإنما قال باستحباب إعادة الصلاة ولم يقل بالوجوب والأخذ بالاحتياط في باب العبادات أولى، لأن المسقط وهو الأداء معلوم، والمفسد وهو محاذاة الرجل المرأة في صلاة مشتركة موهوم، فللوهم أحبّ له أن يعيد الصلاة. فإن قيل: الخنثى إذا كان مراهقاً فلا إعادة عليه وإن أفسدها، فإن كان بالغاً فالإعادة واجبة، لأنه إن كان ذكراً وجب الإعادة، وإن كان

فصل في أحكامه

قوله: **(قيل فيه نظر، إلى قوله: فليس للملك تأثير في إباحة نظر المملوكة إلى سيدتها)** أقول: نعم الأمر كما قال وقد مر تفصيله في كتاب الكراهية في مسائل النظر، إلا أنه يمكن أن يجاب عنه بأن مراد المصنف من قوله لأنه يباح للمملوكة النظر إليه رجلاً كان أو امرأة

خلفه بحذائه صلاتهم احتياطاً) لاحتمال أنه امرأة. قال: **(وأحبّ إلينا أن يصلي بقناع)** لأنه يحتمل أنه امرأة **(ويجلس في صلاته جلوس المرأة)** لأنه إن كان رجلاً فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة، وإن كان امرأة فقد ارتكب مكروهاً لأن الستر على النساء واجب ما أمكن **(وإن صلى بغير قناع امرته أن يعيد)** لاحتمال أنه امرأة وهو على الاستحباب وإن لم يعد أجزأه **(وتبتاع له أمة تختنه إن كان له مال)** لأنه يباح للمملوكته النظر إليه رجلاً كان أو امرأة. ويكره أن يختنه رجل لأنه عساه أنثى أو تختنه امرأة لأنه لعله رجل فكان الاحتياط فيما قلنا **(وإن لم يكن له مال ابتاع له الإمام أمة من بيت المال)** لأنه أعدّ لنوائب المسلمين **(فإذا ختنته باعها ورد ثمنها في بيت المال)** لوقوع الاستغناء عنها

ذكراً كان عليه الإعادة، وإن كان أنثى لم تلزمه الإعادة فتجب الإعادة احتياطاً على ما هو الحكم في باب العبادة قوله: **(ويجلس في صلاته جلوس المرأة، لأنه إن كان رجلاً فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة، وإن كان امرأة فقد ارتكب مكروهاً لأن الستر على النساء واجب ما أمكن)** أقول: في هذا التعليل كلام، وهو أنه إن أراد بقوله وهو جائز في الجملة أنه جائز بلا عذر فهو ممنوع بل مكروه، وإن أراد به أنه جائز بعذر كما صرح به في الكافي حيث قال: وهو جائز في الجملة عند العذر، وكما صرح به في المبسوط والذخيرة، وبين وجه العذر هنا حيث قال: لأن الرجل يجلس كذلك عند العذر واشتباه الحال من أبين الأعذار اهـ. فهو مسلم لكن يرد حينئذٍ على قوله وإن كان امرأة فقد ارتكب مكروهاً أن يقال: ارتكاب المكروه أيضاً جائز عند العذر، واشتباه الحال من أبين الأعذار فما الرجحان في جلوسه جلوس المرأة فتأمل في الدفع قوله: **(وتبتاع له أمة تختنه إن كان له مال لأنه يباح لمملوكته النظر إليه رجلاً كان أو امرأة)** قال صاحب النهاية: هذا التعليل وإن كان صحيحاً في حق الرجل ولكن هو فاسد في حق المرأة، لأن الأمة لا يباح لها النظر إلى مواضع العورة من سيدتها مطلقاً، لأنه ذكر في استحباب المبسوط أن للأمة أن تنظر إلى مولاتها كما للأجنبيات، فعلم بهذا أنه لا تأثير للملك في إباحة النظر إلى سيدتها. والأولى في التعليل هنا ما ذكره في المبسوط والذخيرة فقال: لأنه متى اشترى الوليّ جارية للخنثى فإنه يملكها الخنثى، ثم إن كان الخنثى ذكراً فهذا نظر المملوكة إلى مالكها، وإن كان الخنثى أنثى فإنه نظر الجنس إلى الجنس وإنه مباح حالة العذر، فعلم بهذا أن شراء الجارية له على تقدير أن يكون الخنثى أنثى، باعتبار أن نظر الجنس إلى الجنس أخف من نظره إلى خلاف الجنس، لا أن يكون للملك تأثير في إباحة نظر المملوكة إلى سيدتها، إلى هنا لفظ النهاية. وقال صاحب الغاية بعد أن نقل اعتراض صاحب النهاية على تعليل المصنف: وفيه نظر، لأن ذلك في حالة الاختيار لا في حالة العذر،

أنثى لا يلزمه فتجب احتياطاً، فما وجه قول أحبّ إليّ أن يعيد. أجيب بأن مراده إذا كان مراهقاً فالإعادة مستحبة تخلقاً واعتياداً، وأما إذا كان بالغاً فالإعادة واجبة، كذا في الذخيرة، فعلى هذا التقدير تكون إعادة من على يمينه ويساره وخلفه وبحذائه إذا قام في صف الرجال واجبة، لكن ذكر في المبسوط أن المراد بالإعادة هو الإعادة على طريق الاستحباب لما بينا أن محاذاة الرجل المرأة في حقهم موهوم. وقوله: **(وأحبّ إلينا أن يصلي بقناع)** يعني إذا كان مراهقاً، وأما إذا بلغ بالسن فذاك واجب. وقوله: **(وهو على الاستحباب)** يعني إذا كان غير بالغ، وأما إذا بلغ بالسن ولم يظهر فيه شيء من علامات الرجال أو النساء فالإعادة واجبة. وقوله: **(لأنه يباح لمملوكته النظر إليه رجلاً كان أو امرأة)** قيل فيه نظر، لأنه وإن كان صحيحاً في حق الرجل لكنه فاسد في حق المرأة، لأن الأمة لا يباح لها النظر إلى مواضع العورة من سيدتها، بل لها أن تنظر من مولاتها إلى ما لها أن تنظر إليه من الأجنبيات. والصواب في التعليل وإن كان أنثى فإنه نظر الجنس إلى الجنس وهو أحق منه إلى خلاف الجنس، فليس للملك تأثير في إباحة نظر المملوكة إلى سيدتها. فإن قيل: فلو زوّجه المولى امرأة بمهر يسير أغنته عن شراء الجارية بثمن كثير لحصول ما هو المقصود على هذا التقدير. أجيب بأن محمداً لم يقل ذلك لعدم التيقن

إباحة النظر لسيدهما مطلقاً ولسيدتهما بالضرورة، فحينئذٍ يندفع الإشكال بالكلية قوله: **(يعني إذا كان مراهقاً، إلى قوله: لأن ذلك لا يحل لغير الخنثى أيضاً)** أقول: إذا كان الكلام في المراهق فأفعاله لا توصف بالحل والحرمة.

(ويكره له في حياته لبس الحليّ والحرير، وأن يتكشف قدّام الرجال أو قدّام النساء. وأن يخلو به غير محرم من رجل

ولهذا لو أصاب المرأة قرح أو جرح في موضع لا يحل النظر إليه تداويه المرأة، وكذا نظر القابلة إلى فرج المرأة وقت الولادة يحل، فإذا جاز النظر بالعذر فإقامة السنة أيضاً عذر جاز لها أن تنتظر إلى فرجها انتهى. أقول: نظره ساقط، إذ يشترك في جواز النظر بالعذر إلى موضع العورة من الأمة المرأة والحرة والمملوكة وغير المملوكة، فلم يكن للملك تأثير في إباحة نظر المملوكة إلى سيدتها أصلاً. وتعليل المصنف بقوله لأنه يباح لمملوكته النظر إليه رجلاً كان أو امرأة يشعر لا محالة بتأثير الملك في إباحة النظر إلى سيدتها كتأثيره في إباحة النظر إلى سيدها، فيردّ عليه ما قاله صاحب النهاية من أن هذا صحيح في حق الرجل فاسد في حق المرأة، وعن هذا أمضاه جماعة من الشراح منهم صاحب العناية، وقال صاحب الكافي في التعليل: لأنه يباح لمملوكته النظر إلى ذكره إن كان رجلاً قوله: **(ويكره له في حياته لبس الحليّ والحرير)** قال صاحب النهاية: وليس في قيد قوله في حياته زيادة فائدة، لأن الحياة تستفاد من ذكر اللبس ومن ذكر اختصاص الكراهة لما أن بعد الموت لو وجد ذلك اللباس لا لبس، والكراهة بعد الموت للملبس لا للميت، وقد اقتفى أثره صاحبا الكفاية ومعراج الدراية وقصد صاحب العناية ردّ ذلك فقال بعد نقله وهو مناقشة سهلة لأنه ليس كل ما يذكر في التراكيب يكون قيداً للإخراج لجواز أن يكون بعضها بياناً للواقع انتهى. أقول: ليس هذا بشيء لأن حاصل دخل صاحب النهاية أن قوله في حياته قيد مستدرك لا فائدة فيه هنا لانفهام معناه مما ذكر فيما قبله وما بعده، ولا يذهبَ عليك أن كونه بياناً للواقع لا يدفع استدراكه وعدم الفائدة في ذكره إذا كان الواقع مبيناً بدونه، فالوجه في الاعتذار عن ذكر ما ذكره هؤلاء الشراح أنفسهم حيث قالوا: إلا أن المصنف تبع في ذلك لفظ المبسوط، وإنما وقع في لفظ المبسوط ذلك لأنه ذكر هذه المسألة بعد ذكر تكفين الخنثى إذا مات فكان ذكر الحياة هناك لتبيين المقابلة لا للقيد انتهى قوله: **(وأن يتكشف قدّام الرجال أو قدّام النساء)** قال جمهور الشراح: وهذه المسألة تدل على أن نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى ذوات محارمه لا كنظر الرجل إلى الرجل، لأنه لو كان كنظر الرجل إلى الرجل لجاز للخنثى التكشف للنساء، فإنه ليس المراد من التكشف إبداء

بصحة النكاح ما لم يتبين أمره، ومع هذا لو فعل كان صحيحاً لأن الخنثى إن كان امرأة فهذا نظر الجنس إلى الجنس والنكاح لغو، وإن كان ذكراً فهو نظر المنكوحة إلى زوجها وقوله: **(ويكره له في حياته لبس الحرير)** قيل: لا فائدة لقوله في حياته فإنه لا لبس بعد الموت، وإنما هو إلباس فكان معناه مفهوماً من قوله لبس، وهو مناقشة سهلة لأنه ليس كل ما يذكر في التراكيب يكون قيداً للإخراج لجواز أن يكون بعضها بياناً للواقع، وإنما كره ذلك لأن لبس الحرير حرام على الرجال دون النساء وحاله لم يتبين بعد فيؤخذ بالاحتياط، فإن الاجتناب عن الحرام فرض والإقدام على المباح مباح فيكره اللبس حذراً عن الوقوع في الحرام. وقوله: **(وأن يتكشف قدّام الرجال أو قدّام النساء)** يعني إذا كان مراهقاً، والمراد بالانكشاف هو أن يكون في إزار واحد لا إبداء موضع العورة، لأن ذلك لا يحل لغير الأنثى أيضاً. وهذه المسألة تدل على أن نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى ذوات محارمه لا كنظر الرجل إلى الرجل، لأنه لو كان كنظر الرجل إلى الرجل لجاز له التكشف للنساء في إزار واحد. وقوله: **(وأن يخلو به)** أي يكره أن يخلو به **(غير محرم من رجل أو امرأة)** لقوله ﷺ «ألا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فإن ثالثهما الشيطان» وأمره في ذلك محتمل نظراً إلى حاله. وقوله: **(لا علم لي في لباسه)** يعني لاشتباه حاله وعدم المرجح، وقول محمد ظاهر. وقوله: **(لما قلنا)** إشارة إلى قوله لأن الحنث لا يثبت بالشك. وقوله: **(وإن قال بالقولين)** يعني أن يقول كل عبد لي وكل أمة لي فهو حر. وقوله: **(لأنه ليس بمهمل)** يعني أنه في الواقع ليس بخال عن أحد الحالين. وقوله: **(لأنه دعوى يخالف قضية الدليل)** لأنه يقتضي بقاء الإشكال وهو لا يعلم في ذلك من نفسه خلاف ما لم يعلم به غيره. وقوله: **(ينبغي أن يقبل)** إنما قال بلفظ ينبغي لأن حكمه غير مذكور فلم يتيقن به وقوله: **(لأن حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء)** أي غسل الرجل المرأة وعكسه غير ثابت في الشرع، فإن النظر إلى العورة حرام والحرمة لم تنكشف بالموت، إلا أن نظر الجنس إلى الجنس أخف فلأجل الضرورة أبيح نظر الجنس عند الغسل، والمراهق كالبالغ في

أو امرأة، **وأن يسافر من غير محرم من الرجال)** توقيا عن احتمال المحرم **(وإن أحرم وقد راهق قال أبو يوسف: لا علم لي في لباسه)** لأنه إن كان ذكراً يكره له لبس المخيط، وإن كان أنثى يكره له تركه وقال محمد: **(يلبس لباس المرأة)** لأن ترك لبس المخيط وهو امرأة أفحش من لبسه وهو رجل، ولا شيء عليه لأنه لم يبلغ **(ومن حلف بطلاق أو عتاق إن كان أول ولد تلدينه غلاماً فولدت خنثى لم يقع حتى يستبين أمر الخنثى)** لأن الخنث لا يثبت بالشك **(ولو قال كل عبد لي حرّ أو قال كل أمة لي حرّة وله مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين أمره)** لما قلنا **(وإن قال القولين جميعاً عتق)** للتيقن بأحد الوصفين لأنه ليس بمهمل **(وإن قال الخنثى أنا رجل أو أنا امرأة لم يقبل قوله إذا كان مشكلاً)** لأنه دعوى يخالف قضية الدليل **(وإن لم يكن مشكلاً ينبغي أن يقبل قوله)** لأنه أعلم بحاله من غيره **(وإن مات قبل أن يستبين أمره لم يغسله رجل ولا امرأة)** لأن حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء **(فيتوقى لاحتمال الحرمة وييمم بالصعيد)** لتعذر الغسل **(ولا يحضر إن كان مراهقاً غسل رجل ولا امرأة)** لاحتمال أنه ذكر أو أنثى **(وإن سجي قبره فهو أحبّ)** لأنه إن كان أنثى يقيم واجباً، وإن كان ذكراً فالتسجية لا تضره. **(وإذا مات فصلي عليه وعلى**

موضع العورة لأن ذلك لا يحل لغير الخنثى أيضاً، ولكن المراد أن يكون في إزار واحد انتهى، وهكذا ذكره شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي للحاكم الشهيد كما نقله صاحب الغاية. أقول: ليس هذا بتامّ عندي إذ على تقدير كون نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى الرجل على ما هوالأصح من الروايتين كما نص عليه المصنف في كتاب الكراهية يصح الحكم على الخنثى المشكل بعدم جواز أن يكتشف للنساء أيضاً بناء على رواية كون نظر المرأة إلى الرجل كنظر الرجل إلى ذوات محارمه كما ذكرها المصنف في كتاب الكراهية نقلاً عن كتاب الخنثى من الأصل، إذ على هذه الرواية لا يجوز له التكشف للنساء لاحتمال كونه رجلاً، كما لا يجوز له التكشف للرجال لاحتمال كونه امرأة، فلم يكن في هذه المسألة دلالة على أن نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى ذوات محارمه لا كنظر الرجل إلى الرجل، لجواز أن يكون مبناها كون نظر المرأة إلى الرجل كنظر الرجل إلى ذوات محارمه لا كون نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى ذوات محارمه كما زعموا تبصر قوله: **(وإن لم يكن مشكلاً ينبغي أن يقبل قوله لأنه أعلم بحالة من غيره)** قال صاحب الغاية: وفي هذا التعليل نظر، لأنه إنما لا يكون مشكلاً إذا ظهرت فيه إحدى

وجوب ستر عورته، فإن كان مشكلاً لم يعرف له جنس فتعذر غسله فصار بمنزلة من تعذر غسله لعدم ما يغسل به فييمم بالصعيد، وهو نظير امرأة ماتت بين رجال أو عكسه فإنه ييمم بالصعيد مع الخرقة إن يمم الأجنبي، وبغيرها إن كان ذا رحم محرم من الميت، وينظر الميمم إلى وجهه ويعرض وجهه عن ذراعيه لجواز أن يكون امرأة، ولا يشتري جارية للغسل كما كان يفعل للختان، لأنه بعد الموت لا يقبل المالكية فالشراء غير مفيد بخلاف الشراء للختان فإنه في حال الحياة وله أهلية المالكية فيها. وقوله: **(وضع الرجل مما يلي الإمام والخنثى خلفه)** يعني اعتباراً بحال الحياة، لأنه يقوم بين صفّ الرجال والنساء، فكان في القرب من الإمام بعد درجة، فكذلك في حال الممات والأصل فيه قوله ﷺ «ليليني منكم أولو الأحلام والنهى» **(ولو دفن مع رجل في قبر واحد من عذر جعل الخنثى خلف الرجل)** يعني يقدم الرجل إلى جانب القبلة لأن جهتها أشرف، فالرجل للتقريب إليه أولى، وقد جاء في الحديث «أنه ﷺ أمر بتقديم أكثرهم أخذاً للقرآن جانب القبلة» **(ويجعل بينهما حاجز من صعيد)** ليصير ذلك في حكم قبرين. وقوله: **(وإن جعل على السرير نعش المرأة)** النعش شبه المحفة مشتبك يطبق على المرأة إذا وضعت على الجنازة، وقد تقدم في كتاب الصلاة. وقوله: **(وإن كان ذكراً فقد زادوا على الثلاث)** فلا بذلك بأس، لأن عدد الكفن معتبر بعدد الثياب في حال الحياة، فالزيادة على الثلاثة في الكفن للرجل غير ضائرة كما في حال

قال المصنف: **(لم يقبل قوله إذا كان مشكلاً، إلى قوله: فإن لم يكن مشكلاً الخ)** أقول: يعني إن علم الإشكال أو لم يعلم الإشكال قال المصنف: **(لأنه أعلم بحاله من غيره)** أقول: قال الإتقاني: وفيه نظر، لأنه إنما لا يكون مشكلاً إذا ظهرت فيه إحدى العلامات، فبعد ظهورها يحكم بأنه ذكر أو أنثى، فلا حاجة إلى قوله بعد ذلك انتهى. وجوابه أن المراد إذا لم يعلم كونه مشكلاً كما أشرنا إليه فافهم.

رجل وامرأة وضع الرجل مما يلي الإمام والخنثى خلفه والمرأة خلف الخنثى فيؤخر عن الرجل) لاحتمال أنه امرأة **(ويقدم على المرأة)** لاحتمال أنه رجل **(ولو دفن مع رجل في قبر واحد من عذر جعل الخنثى خلف الرجل)** لاحتمال أنه امرأة **(ويجعل بينهما حاجز من صعيد، وإن كان مع امرأة قدم الخنثى)** لاحتمال أنه رجل **(وإن جعل على السرير نعش المرأة فهو أحبّ إليّ)** لاحتمال أنه عورة، ويكفن كما تكفن الجارية وهو أحبّ إليّ **(يعني يكفن في خمسة أثواب لأنه إذا كان أنثى فقد أقيمت سنة، وإن كان ذكراً فقد زادوا على الثلاث ولا بأس بذلك. ولو مات أبوه وخلف ابناً فالمال بينهما عند أبي حنيفة أثلاثاً للابن سهمان، وللخنثى سهم وهو أنثى عنده في الميراث إلا أن يتبين غير ذلك)** وقالا: للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى وهو قول الشعبي. واختلفا في قياس قوله قال محمد: المال بينهما على اثني عشر سهماً للابن سبعة وللخنثى خمسة. وقال أبو يوسف: المال بينهما على سبعة للابن أربعة

العلامات، فعند ظهورها يحكم بأنه ذكر أو أنثى، فلا حاجة إلى قوله بعد ذلك انتهى. أقول: مدار هذا النظر على عدم فهم مراد المصنف فإن مراده بقوله وإن لم يكن مشكلاً، وإن لم يعلم أنه مشكل لا علم أنه ليس بمشكل، لأن معنى قوله فيما قبل إذا كان مشكلاً: إذا كان قد علم أنه مشكل كما صرح به الشارح المذكور نقلاً عن الحاكم الشهيد، ويدل عليه أيضاً قول المصنف في تعليل ذلك لأنه دعوى تخالف قضية الدليل، فإن مخالفة دعواه قضية الدليل إنما يتصور فيما إذا كان قد علم أنه مشكل، فإذا كان معنى قوله فيما قبل إذا كان مشكلاً، إذا كان قد علم أنه مشكل يكون معنى قوله هنا وإن لم يكن مشكلاً: وإن لم يعلم أنه مشكل، لأنه هو المقابل لما قبله فيسقط النظر قطعاً، إذ لا يلزم من أن لا يعلم أنه مشكل أن يعلم أنه ليس بمشكل حتى يحكم بأنه ذكر أو أنثى بلا حاجة إلى قول نفسه، بل يجوز أن لا يعلم أنه مشكل أم لا بأن لا يعلم ظهور إحدى العلامات ولا عدم ظهورها، فحينئذٍ تتحقق الحاجة إلى قول نفسه وهو مسألة الكتاب هنا، ومحل التعليل بقوله لأنه أعلم بحاله من غيره فلا غبار فيه. والعجب منه أنه بعد أن حسب معنى المقام ما يبتنى عليه نظره كيف أورد النظر على التعليل دون نفس المسألة وهي أحق

الحياة، فإن للرجل أن يلبس حال حياته أزيد على الثلاثة، وأما إذا كان أنثى كان في الاقتصار على الثلاثة ترك السنة، فإن السنة في كفنها خمسة أثواب قال: **(ولو مات أبوه وخلف ابناً)** اعلم أن الشيخ أبا الحسن القدوري ذكر قول محمد مع أبي يوسف، وكذلك أثبت المصنف في الكتاب، وكذا ذكره الشيخ أبو نصر البغدادي. وفي عامة الكتب ذكر قول محمد مع أبي حنيفة، ولكن أبو يوسف ومحمد اختلفا في تخريج قول الشعبي، فمحمد فسره على وجه ولم يأخذ به. وأبو يوسف فسره على وجه ولم يأخذ به، وهو أن تجعل المسألة على سبعة، ثم رجع عن ذلك وفسره على وجه آخر، وهو تفسير محمد بأن تجعل على اثني عشر وأخذ به، وكان قول أبي يوسف أوّلاً كقول أبي حنيفة ومحمد فنقول على ما ذكر في الكتاب إذا مات أب الخنثى وترك ابناً فالمال بينهما أثلاثاً عند أبي حنيفة للابن سهمان والخنثى سهم وهو أنثى عنده في الميراث إلا أن يتبين غير ذلك: أي غير كونه أنثى لظهور إحدى علامات الذكور بلا معارض فحينئذ يعتبر ذكراً. وقالا: للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى، وهو قول الشعبي وابن أبي ليلى والثوري وهو مذهب ابن عباس. واختلفا في قياس قول الشعبي قال محمد: المال بينهما على اثني عشر سهماً للابن سبعة وللخنثى خمسة. وقال أبو يوسف: المال بينهما على سبعة للابن أربعة وللخنثى ثلاثة، لأن الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى يستحق ثلاثة الأرباع، لأن الخنثى في حال ابن وفي حال بنت، وللبنت في الميراث نصف الابن فيجعل له نصف كل حال فيكون له ثلاثة أرباع نصيب ابن فيضرب مخرج الربع وهو أربعة في سهم وثلاثة أرباع سهم يحصل سبعة فللخنثى ثلاثة وللابن أربعة. ولمحمد أن الخنثى لو كان ذكراً كان المال بينهما نصفين، وإن كان أنثى أثلاثاً فاحتجنا إلى حساب له نصف وثلث صحيح وأقل ذلك ستة، ففي حال المال بينهما نصفين لكل واحد ثلاثة أسهم، وفي حال أثلاثاً سهمان للخنثى وأربعة للابن، فسهمان للخنثى ثابتان بيقين والسهم الزائد وقع فيه الشك فينتصف فيكون له سهمان ونصف سهم، ولزم الكسر النصفي فيضعف ليزول الكسر فصار الحساب من اثني عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة. وفي تأخير قول محمد إشارة من المصنف إلى اختياره، وذلك لأن الكل متفقون على تقليل نصيبه، وما

وللخنثى ثلاثة، لأن الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى ثلاثة الأرباع، فعند الاجتماع يقسم بينهما على قدر حقيهما هذا يضرب بثلاثة وذلك يضرب بأربعة فيكون سبعة. ولمحمد أن الخنثى لو كان ذكراً يكون المال بينهما نصفين، وإن كان أنثى يكون المال بينهما أثلاثاً احتجنا إلى حساب له نصف وثلث، وأقل ذلك ستة، ففي حال يكون المال بينهما نصفين لكل واحد ثلاثة، وفي حال يكون أثلاثاً للخنثى سهمان وللابن أربعة، فسهمان للخنثى ثابتان بيقين، ووقع الشك في السهم الزائد فيتنصف فيكون له سهمان ونصف فانكسر فيضعف ليزول الكسر فصار الحساب من اثني عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة. ولأبي حنيفة أن الحاجة ها هنا إلى أثبات المال ابتداء، والأقل

بوروده عليها على مدار فهمه معنى المقام بأن يقال لا معنى لهذه المسألة، لأنه إنما لا يكون مشكلاً إذا ظهرت فيه إحدى العلامات، فبعد ظهورها يحكم بأنه ذكر أن أنثى، فلا حاجة إلى قوله بعد ذلك فما معنى قول المصنف وإن لم يكن مشكلاً ينبغي أن يقبل قوله قوله: (إلا أن يكون نصيبه الأقل لو قدرناه ذكراً) قال في العناية: وهذا استثناء من قوله وهو ميراث الأنثى متيقن به: يعني أوجبنا للخنثى ميراث الأنثى للتيقن، وما تجاوزنا عنه إلى نصيب الذكر لأن المال ابتداء لا يجب بالشك، إلا أن يصيب الخنثى أقل من نصيب الأنثى إن قدرناه ذكراً فحينئذ يعطي نصيب الابن

ذهب إليه محمد أقل مما ذهب إليه أبو يوسف بسهم من أربعة وثمانين سهماً. وطريق معرفته أن تضرب السبعة في اثني عشر حيث لا موافقة بينهما يبلغ المجموعة أربعة وثمانين؛ ثم اضرب حصة من كان له شيء من السبعة في اثني عشر وحصة الخنثى منه ثلاثة فاضربه في اثني عشر يبلغ ستة وثلاثين، واضرب حصة من كان له شيء من اثني عشر في السبعة وللخنثى منه خمسة فاضربه في سبعة يكون خمسة وثلاثين، فظهر أن التفاوت بسهم من أربعة وثمانين، كذا أفاده الإمام حميد الدين **(ولأبي حنيفة أن الحاجة هاهنا إلى إثبات المال ابتداء)** لأنه لا بد من بيان سبب استحقاقه بالذكورة أو الأنوثة، ولا شيء منهما بمعلوم، وإثبات المال ابتداء بدون سبب محقق غير مشروع فلا بد من البناء على المتيقن **(والأقل وهو ميراث الأنثى متيقن به)** فأوجبناه كما إذا كان إثباته بطريق آخر فإنه يؤخذ بالمتيقن به دون المشكوك إلى أن يقوم الدليل على الزائد، فإن من قال لفلان عليّ دراهم يحكم له بالثلاثة حتى يقوم الدليل على الزائد لكون الأول متيقناً به دون الزيادة. لا يقال: سبب استحقاق الميراث هو القرابة وهي ثابتة بيقين في الخنثى والجهالة وقعت في القسمة بقاء فلا يمتنع الوجوب. لأنا نقول: ليس الكلام في استحقاق أصل الميراث، وإنما هو في استحقاق المقدار، وسببه الذكورة أو الأنوثة، ولا شيء منهما بمتيقن به فيما نحن فيه. وقوله: **(إلا أن يصيبه الأقل لو قدرناه ذكراً)** استثناء من قوله وهو ميراث الأنثى متيقن به: يعني أوجبنا للخنثى ميراث الأنثى المتيقن، وما تجاوزنا عنه إلى نصيب الذكر، لأن المال ابتداء لا يجب بالشك إلا أن يصيب الخنثى أقل من نصيب الأنثى إن قدرناه ذكراً فحينئذ يعطي نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقناً به وهو أن يكون زوجاً وأماً وأختاً لأب وأم هي خنثى، فإن قدرنا الخنثى أنثى كان للزوج النصف وللأم الثلث وللخنثى النصف والمسألة من ستة وتعود إلى ثمانية، وإن قدرناه ذكراً كان له الباقي بعد نصب الزوج وثلث الأم وهو السدس وهو أقل فقدرناه ذكراً، وإذا ترك امرأة وأخوين لأم وأختاً لأب وأم هي خنثى، للمرأة الربع ولبني الأخياف الثلث، فإن قدرنا الخنثى أنثى ترث النصف تكون المسألة من اثني عشر وتعول إلى ثلاثة عشر لها ستة من ثلاثة عشر، وإن قدرناه ذكراً كان له خمسة من اثني عشر وهو أقل فقدرناه ذكراً، ولو ماتت وتركت زوجاً وأختاً لأب وأم وخنثى لأب كان للزوج النصف وللأخت لأب وأم النصف ولا شيء للخنثى، وهذا معنى قول العلماء في تفسير قوله أقل النصيبين أسوأ الحالين وهو مذهب عامة الصحابة: فإن قيل: إذا كان الخنثى ممن يتوهم استبانة أمره في المآل كيف يكون حاله في الميراث ما ذكره المصنف في الكتاب. قلت: كأنه أشار إلى ذلك في أول البحث بقوله وهو أنثى عنده في الميراث إلا أن يتبين غير ذلك، يشير إلى أن الثلثين في تلك المسألة تدفع إلى الابن والثلث إلى الخنثي، وعلى ذلك أكثرهم لأن سبب استحقاق الابن لجميع المال معلوم وهو البنوّة، وإنما ينتقص من ذلك لمزاحمة حق الغير، وحيث جعلنا

قوله: (استثناء من قوله وهو ميراث الأنثى) أقول: ينبغي أن يكون استثناء من قوله فأوجبنا المتيقن، لأن المراد المتيقن المعهود وهو ميراث الأنثى، وإنما قلنا ينبغي أن يكون الخ لأنه أقرب وأبعد عن التكلف فتأمل.

وهو ميراث الأنثى متيقن به، وفيما زاد عليه شك، فأثبتنا المتيقن قصراً عليه لأن المال لا يجب بالشك وصار كما إذا كان الشك في وجوب المال بسبب آخر فإنه يؤخذ فيه بالمتيقن، كذا هذا، إلا أن يكون نصيبه الأقل لو قدرناه ذكراً فحينئذٍ يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقناً به وهو أن تكون الورثة زوجاً، وأماً وأختاً لأب وأم هي خنثى أو امرأة وأخوين لأم وأختا لأب وأم هي خنثى. فعندنا في الأولى للزوج النصف وللأم الثلث والباقي للخنثى، وفي الثانية للمرأة الربع وللأخوين لأم الثلث والباقي للخنثى لأنه أقل النصيبين فيهما.

في تلك الصورة لكونه متيقناً به انتهى. أقول: فيه نوع اختلال، لأن تفسيره مراد المصنف بقوله يعني أوجبنا للخنثى ميراث الأنثى للتيقن الخ يقتضي أن يكون قول المصنف إلا أن يصيبه الأقل لو قدرناه ذكراً استثناء من قوله فأوجبنا المتيقن به قصراً عليه كما هو الظاهر والمصرح به في غاية البيان، فيخالف هذا قوله في أوّل كلامه وهذا استثناء من قوله وهو ميراث الأنثى متيقن به تدبر.

الخنثى أنثى ما زحمه إلا في الثلث فبقي ما وراء ذلك مستحقاً له، وهل يؤخذ من الكفيل؟ قال بعض مشايخنا: هو على الخلاف المعروف أن القاضي إذا دفع المال إلى الوارث المعروف لم يأخذ منه كفيلاً في قول أبي حنيفة. وعندهما يحتاط في أخذ الكفيل منه. وقال بعضهم: يحتاط في أخذ الكفيل منه هاهنا عندهم جميعاً، وإنما لم يجوّز أبو حنيفة هناك للمجهول، وهنا إنما يأخذ الكفيل للمعلوم وهو طريق مستقيم يصون به القاضي قضاءه وينظر لمن هو عاجز عن النظر لنفسه وهو الخنثى فيأخذ من الابن كفيلاً لذلك، فإن تبين أن الخنثى ذكر سترد ذلك من أخيه، وإن تبين أنه أنثى فالمقبوض سالم للابن، ومنهم من يقول يدفع الثلث إلى الخنثى والنصف إلى الابن ويوقف السدس إلى أن يتبين أمره، لأن المستحق لهذا السدس منهما مجهول فيوقف إلى أن يتبين المستحق كما في الحمل والمفقود والله أعلم.

مسائل شتى

قال: (وإذا قرىء على الأخرس كتاب وصيته فقيل له أنشهد عليك بما في هذا الكتاب فأومأ برأسه: أي نعم أو كتب، فإذا جاء من ذلك ما يعرف أنه إقرار فهو جائز، ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه) وقال الشافعي: يجوز في الوجهين. لأن المجوّز إنما هو العجز وقد شمل الفصلين. ولا فرق بين الأصل والعارضي كالوحشي والمتوحش من الأهل في حق الذكاة، والفرق لأصحابنا رحمهم الله أن الإشارة إنما تعتبر إذا صارت معهودة معلومة وذلك في الأخرس دون المعتقل لسانه، حتى لو امتد ذلك وصارت له إشارات معلومة قالوا هو بمنزلة الأخرس، ولأن التفريط جاء من قبله حيث آخّر الوصية إلى هذا الوقت، أما الأخرس فلا تفريط منه، ولأن العارضي على شرف الزوال دون الأصلي فلا ينقاسان، وفي الآبدة عرفناه بالنص. قال: (وإذا كان الأخرس يكتب كتاباً أو يومىء

مسائل شتى

قد كانت عادة المصنفين أن يذكروا في آخر الكتاب ما شذّ ذكره في الأبواب السالفة من المسائل استداركاً للفائت، ويترجمون تلك المسائل بمسائل شتى أو بمسائل متفرقة أو بمسائل منثورة، فعمل المصنف هنا أيضاً كذلك جرياً على عادتهم قوله: (وإذا قرىء على الأخرس كتاب وصيته فقيل له نشهد عليك بما في الكتاب فأومأ برأسه: أي نعم أو كتب، فإذا جاء من ذلك ما يعرف أنه إقرار فهو جائز) قال الشراح: وإنما قيد بقوله فإذا جاء من ذلك ما يعرف أنه إقرار لأن ما يجيء من الأخرس ومعتقل اللسان على نوعين: أحدهما ما يكون ذلك منه دلالة لإنكار مثل أن يحرك رأسه عرضاً. والثاني ما يكون ذلك منه دلالة الإقرار بأن يحرك رأسه طولاً إذا كان ذلك معهوداً منه في نعم انتهى. أقول: فيه نظر، لأنه لما فسر الإيماء برأسه في تقرير المسألة بقوله: أي نعم تعين أن وضعها فيما جاء منه دلالة الإقرار فلم يبق حاجة في تقرير جوابها إلى قوله فإذا جاء من ذلك ما يعرف أنه إقرار، بل كان يكفي قوله فهو جائز كما لا يخفى قوله: (ولأن التفريط جاء من قبله حيث أخر الوصية إلى هذا الوقت، أما الأخرس فلا تفريط منه) أقول: لا يذهب عليك أن هذا التعليل يقتضي أن لا يجوز إشارة المعتقل لسانه، ولو امتدّ اعتقاله، لأن تأخير

مسائل شتى

قد ذكرنا قبل هذا أن ذكر مسائل شتى أو مسائل منثورة أو مسائل متفرقة من دأب المصنفين لتدارك ما لم يذكر فيما كان يحق ذكره فيه. قوله: (فإذا جاء من ذلك ما يعرف أنه إقرار) يشير إلى أن ما يجيء من الأخرس ومعتقل اللسان على نوعين: أحدهما ما يكون ذلك منه دلالة الإنكار مثل أن يحرك رأسه عرضاً. والثاني ما يكون منه دلالة الإقرار بأن يحرك رأسه طولاً إذا كان منه معهوداً في نعم. وقوله: (ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه) على بناء المفعول يقال اعتقل لسانه بضم التاء: إذا حبس عن الكلام ولم يقدر عليه. وقوله: (حتى لو امتدّ) أراد به سنة كذا ذكره التمرتاشي. وروي عن أبي حنيفة أنه قال: إن دامت العقلة إلى وقت موته يجوز إقراره بالإشارة، ويجوز الإشهاد عليه بأنه عجز عن النطق بمعنى لا يرجى زواله فكان كالأخرس. قالوا: وعليه الفتوى. وقوله: (في الآبدة عرفناه بالنص) وهو ما روي عن رافع بن خديج «أن بعيراً من إبل الصدقات ندّ فرماه رجل وسمى فقتله، فقال عليه الصلاة والسلام: إن لها أوابد كأوابد الوحش، فإذا فعلت شيئاً من ذلك فافعلوا بها كما فعلتم بهذا ثم كلوه» وقوله: (ولا يحدّ) أي الأخرس إذا قذف بالإشارة إلى الكتابة (ولا يحدّ له) إذا كان مقذوفاً. وقوله: (وهو) أي العجز (في حق الأخرس أظهر منه في حق الغائب) لأن الظاهر من حال الغائب الحضور، والظاهر من حال الأخرس عدم زوال خرسه، فلما قبل الكتاب في حق الغائب في ثبوت الأحكام مع رجاء الحضور، فلأن يقبل في حق الأخرس مع اليأس عن زوال الخرس أولى. وقوله: (ثم الكتاب على ثلاث مراتب: مستبين) احتراز عن غير المستبين

مسائل شتى

قوله: (بأن يحرك رأسه طولاً) أقول: من فوق إلى تحت، وأما عكسه فدلالة الإنكار.

إيماء يعرف به فإنه يجوز نكاحه وطلاقه وعتاقه وبيعه وشراؤه ويقتص له ومنه، ولا يحد ولا يحد له) أما الكتابة فلأنها ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا؛ ألا ترى أن النبيّ عليه الصلاة والسلام أدّى واجب التبليغ مرّة بالعبارة وتارة بالكتابة إلى الغيب[1]، والمجوّز في حق الغائب العجز وهو في حق الأخرس أظهر وألزم. ثم الكتاب على ثلاث مراتب: مستبين مرسوم وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاضر على ما قوالوا. ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار وأوراق الأشجار، وينوي فيه لأنه بمنزلة صريح الكتابة فلا بد من النية، وغير مستبين كالكتابة على الهواء والماء، وهو بمنزلة كلام غير مسموع فلا يثبت به الحكم. وأما الإشارة فجعلت حجة في حق الأخرس في حق هذه الأحكام للحاجة إلى ذلك لأنها من حقوق العباد ولا تختص بلفظ دون لفظ، وقد تثبت بدون اللفظ. والقصاص حق العبد أيضاً، ولا حاجة إلى الحدود لأنها حق الله تعالى، ولأنها تندرىء بالشبهات، ولعله كان مصدقاً للقاذف فلا يحدّ للشبهة، ولا يحدّ أيضاً بالإشارة في القذف بالإشارة في القذف لانعدام القذف صريحاً وهو الشرط. ثم

الوصية قد جاء من قبله هناك أيضاً مع أنهم قالوا هذا بمنزلة الأخرس في الحكم كما صرح به المصنف فيما قيل آنفاً، ولعل صاحب الكافي تفطن له حيث طرح هذا التعليل من البين قوله: **(أما الكتابة فلأنها ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا الخ)** أقول: فيه شيء، وهو أن هذا يدل على بعض المدعي ولا يدل على بعضه الآخر، بل يدل على خلافه، فإن المدعي أن كتابة الأخرس حجة فيما سوى الحدود وليست بحجة في الحدود، وهذا الدليل المذكور لا يدل على عدم كونها حجة في الحدود، إذ لا فارق فيه بين الحدود وما سواها، بل يدل على كونها حجة في الحدود أيضاً إذا كانت مستبينة مرسومة باقتضاء قوله وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاضر على ما قالوا، فإنه إذا كان بمنزلة النطق في حق الحاضر أيضاً لم يكن حجة ضرورية فينبغي أن يكون حجة في الحدود أيضاً كما كان النطق حجة فيها أيضاً فليتأمل في المخلص قوله: **(وأما الإشارة فجعلت حجة في حق الأخرس في حق هذه الأحكام للحاجة إلى ذلك لأنها من حقوق العباد)** أقول: لقائل أن يقول: من هذه الأحكام الطلاق على ما صرح به في وضع المسألة وهو من حقوق الله تعالى، لأن فيه تحريم الفرج وهو حق الله تعالى لهذا لم تشترط الدعوى في الشهادة عليه بالاتفاق، كما لم تشترط في الشهادة على عتق الأمة أيضاً بالاتفاق بناء على ذلك كما صرحوا به قاطبة ومرّ في الكتاب أيضاً في باب عتق أحد العبدين من كتاب العتاق. فإن قلت: ليس الطلاق من حقوق الله تعالى الصرفة، بل فيه حق العبد أيضاً لتعلق حق الزوجين به فجاز أن يكون مدار قول المصنف لأنها من حقوق العباد على ذلك. قلت: مجرد تحقق حق العبد في شيء لا يكفي في كون إشارة الأخرس حجة فيه؛ ألا يرى أن إشارته لا تكون حجة في حق حد القذف مع أن فيه حق العبد وهو دفع العار عن المقذوف، كما أن فيه حق الله تعالى، بل لا بد في كون

وهو الكتاب على الهواء، وإما مرسوم: أي معنون: أي مصدّر بالعنوان وهو أن يكتب في صدره من فلان إلى فلان، وبما ذكرنا علم الأقسام الثلاثة والحكم في كل منها ما ذكره. وقوله: **(وينوي فيه)** أي يطلب منه النية فيه. وقوله: **(لأنه بمنزلة صريح الكتابة)** أي الكتاب القولية كقوله أنت بائن وأمثاله. وقوله: **(ولا تختص بلفظ دون لفظ)** فإنه كما يثبت بالعربي يثبت بغيره **(وقد تثبت بغير لفظ)** أي بفعل بدل على القول كالتعاطي. وقوله: **(ويحتمل أن يكون الجواب هنا كذلك)** أي لا يكون حجة **(فيكون فيهما)** أي في الأخرس والغائب الغير الأخرس روايتان. وقوله: **(لأنه)** أي الإشارة على تأويل المذكور. وقوله: **(لأنه)** أي محمداً **(جمع هنا)** أي في الكتاب **(بينهما)** بقوله يكتب كتاباً أو يومىء إيماء. وقوله: **(وفي الكتابة زيادة بيان لم**

---

(١) يشير المصنف إلى ما أخرجه مسلم ١٧٧٤ من حديث أنس «أن نبي الله ﷺ كتب إلى كسرى، وإلى قيصر، وإلى النجاشي، وإلى كل جبار يدعوهم إلى الله تعالى، وليس بالنجاشي الذي صلى عليه النبي ﷺ»

وأخرجه أيضاً الترمذي ٨٧، ٢٧٨٦ والبيهقي ٩/١٠٧ وابن حبان ٦٥٥٣.

وهناك كتب كثيرة أرسلها النبي ﷺ لتبليغ الدعوة منها الكتاب إلى هرقل، وهو في حديث صحيح. أخرجه البخاري ٤٥٥٣ ومسلم ١٧٧٣ والترمذي ٢٧١٧ وعبد الرزاق ٩٧٢٤ وأحمد ١/٢٦٣ وابن حبان ٦٥٥٥ كلهم من حديث ابن عباس.

الفرق بين الحدود والقصاص أن الحدّ لا يثبت ببيان فيه شبهة؛ ألا ترى أنهم لو شهدوا بالوطء الحرام أو أقرّ بالوطء الحرام لا يجب الحدّ، ولو شهدوا بالقتل المطلق أو أقر بمطلق القتل يجب القصاص وإن لم يوجد لفظ التعمد، وهذا لأن القصاص فيه معنى العوضية لأنه شرع جابراً فجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد. أما الحدود الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر وليس فيها معنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة. وذكر في كتاب الإقرار أن الكتاب من الغائب ليس بحجة في قصاص يجب عليه، ويحتمل أن يكون الجواب هنا كذلك فيكون فيهما روايتان، ويحتمل أن يكون مفارقاً لذلك لأنه يمكن الوصول إلى نطق الغائب في الجملة لقيام أهليه النطق، ولا كذلك الأخرس لتعذر الوصول إلى النطق للآفة المانعة، ودلت المسألة على أن الإشارة معتبرة وإن كان قادراً على الكتابة، بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا رحمهم الله أن لا تعتبر الإشارة مع القدرة على الكتابة، لأنه

إشارته حجة من أن يكون الحكم من حقوق العباد فقط أو مما غلب فيه حق العبد على حق الله تعالى كالقصاص، لا مما غلب فيه حق الله تعالى على حق العبد كحد القذف عند عامة علمائنا على ما عرف في موضعه، وكون الطلاق مما غلب فيه حق العبد على حق الله تعالى ممنوع، كيف ولو كان كذلك لما قبلت الشهادة عليه بدون الدعوى، فإن الدعوى شرط في قبول الشهادة في حقوق العباد، حتى أن مطالبة المقذوف شرط في ثبوت حق القذف وإن كان الغالب فيه حق الله تعالى عندنا، ولهذا لا يصح عفو المقذوف ولا يجوز الاعتياص عنه ولا يجري الإرث فيه عندنا كما مرّ في الحدود، فما ظنك بعدم اشتراط الدعوى في ثبوت الطلاق لو كان حق العبد فيه غالباً على حق الله تعالى تفكر قوله: **(وهذا لأن القصاص فيه معنى العوضية لأنه شرع جابراً فجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد، أما الحدود الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر، وليس فيها معنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة)** أقول: فيه بحث. أما أوّلاً فلأن ما ذكره هنا من جواز ثبوت القصاص مع الشبهة مخالف لما صرح به فيما مر في عدّة مواقع: منها كتاب الكفالة فإنه قال فيه: فلا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة، لأن مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق. ومنها كتاب الشهادات فإنه قال فيه: ولا تقبل في الحدود والقصاص شهادة النساء، لأن فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرىء بالشبهات. ثم قال فيه في باب الشهادة على الشهادة: الشهادة على الشهادة جائزة عندنا في كل حق لا يسقط بالشبهة ولا تقبل فيما يندرىء بالشبهات كالحدود والقصاص ومنها كتاب الوكالة فإنه قال فيه: وتجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق، وكذا بإيفائها واستيفائها إلا في الحدود والقصاص. فإن الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس لأنها تندرىء بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبته. ومنها كتاب الدعوى فإنه قال فيه في باب اليمين: ومن ادّعى قصاصاً على غيره فجحد استحلف بالإجماع، ثم إن نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص، وإن نكل في النفس حبس حتى يحلف أو يقرّ، وهذا عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: لزمه الأرش فيهما، لأن النكول إقرار فيه شبهة فلا يثبت به القصاص ويجب به المال. ومنها كتاب الجنايات، فإنه صرّح فيه في مواضع كثيرة منه بعدم ثبوت القصاص بالشبهة بل جعلها أصلاً مؤثراً في سقوط القصاص، وفرّع عليه كثيراً من مسائل سقوط القصاص بتحقق نوع من الشبهة في كل واحدة منها كما لا يخفى على الناظر في تمام ذلك الكتاب. وأما ثانياً فلأن

توجد في **(الإشارة)** لأن فضل البيان في الكتابة معلوم حساً وعياناً حيث يفهم منه المقصود بلا شبهة، بخلاف الإشارة فإن فيها نوع إبهام **(وفي الإشارة زيادة أثر لم توجد في الكتاب لأنه)** أي الإشارة **(أقرب إلى النطق من آثار الأقلام)** لأن العلم بالكتابة إنما يحصل بآثار الأقلام وهي منفصلة عن آثار المتكلم. وأما العلم الحاصل بالإشارة فحاصل بما هو متصل بالمتكلم وهو

قال المصنف: **(ثم الفرق بين الحدود والقصاص، إلى قوله: لأن القصاص فيه معنى العوضية لأنه شرع جابراً فجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات)** أقول: وقد صرح في أوائل الجنايات أن الشبهة تؤثر في سقوط القصاص. تم.

حجة ضرورية، ولا ضرورة لأنه جمع ها هنا بينهما فقال: **أشار أو كتب**، وإنما استويا لأن كل واحد منهما حجة ضرورية، وفي الكتابة زيادة بيان لم يوجد في الإشارة، وفي الإشارة زيادة أثر لم يوجد في الكتاب لما أنه أقرب إلى النطق من آثار الأقلام فاستويا **(وكذلك الذي صمت يوماً أو يومين لعارض)** لما بينا في المعتقل لسانه أن آلة النطق قائمة، وقيل هذا تفسير لمعتقل اللسان. قال: **(وإذا كانت الغنم مذبوحة وفيها ميتة فإن كانت المذبوحة أكثر تحرّى فيها وأكل، وإن كانت الميتة أكثر أو كانا نصفين لم يأكل)** وهذا إذا كانت الحالة حالة الاختيار. أما في حالة الضرورة يحلّ له التناول في جميع ذلك، لأن الميتة المتيقنة تحل له في حالة الضرورة. فالتي تحتمل أن تكون ذكية

قيد الخالصة في قوله أما الحدود الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر مستدرك بل مخل هنا، فإن حدّ القذف غير خالص لله تعالى، بل فيه حق الله تعالى وحق العبد كما صرحوا به مع أنه أيضاً زاجر لا يثبت بالشبهة، ولا تكون إشارة الأخرس حجة فيه أيضاً كما صرح به فيما مر آنفاً فلا يتم التقريب بالنظر إليه على التقييد المزبور قوله: **(ودلت المسألة على أن الإشارة معتبرة وإن كان قادراً على الكتابة)** قوله: **(لأنه جمع ها هنا بينهما فقال أشار أو كتب)** قال صاحب الغاية: ولنا في دعوى الجمع بينهما نظر، لأنه قال في الجامع الصغير: وإذا كان الأخرس يكتب أو يومىء وكلمة أو لأحد الشيئين لا للجمع، على أنا نقول: قال في الأصل: وإن كان الأخرس يكتب وكانت له إشارة تعرف في نكاحه وطلاقه وشرائه وبيعه فهو جائز، فيعلم من إشارة رواية الأصل أن الإشارة من الأخرس لا تعتبر مع القدرة على الكتابة لأنه بين حكم إشارة الأخرس بشرط أن يكتب، فافهم إلى هنا لفظه. **أقول:** نظره ساقط جداً، إذ ليس مراد المصنف بالجمع بينهما الجمع بينهما في كل مادة من مواد إعلام الأخرس، بل مراده الجمع بينهما في جواز إعلام الأخرس مراده بأي واحد منهما، ولا شك في دلالة كلمة أو على هذا المعنى لأنها لأحد الأمرين بلا تعيين، فإذا أتى الأخرس بأيّ واحد منهما على انفراده يتحقق الإتيان بأحد الأمرين، ويجوز ذلك بحسب الشرع، أي يقبل ويعمل به بموجب قول محمد في جواب هذه المسألة فهو جائز، وأما علاوته التي ذكرها بقوله على أنا نقول الخ فليست بشيء أيضاً. لأن مراد المصنف دلالة مسألة الجامع الصغير على استواء الإشارة والكتابة من الأخرس ومعنى قوله لأنه جمع ها هنا بينهما أنه جمع في الجامع الصغير بينهما كما صرح به الشارح المذكور حيث قال في شرح قوله لأنه جمع هنا بينهما: أي جمع في الجامع الصغير بين الإشارة والكتابة، ولا ريب أن هذا لا ينافي إشارة مسألة الأصل إلى أن إشارة الأخرس لا تعتبر مع القدر على الكتابة، غاية الأمر أن يكون في المسألة روايتان ومثل ذلك كثير. فإن قلت: فعلى هذا كيف يتم قول المصنف بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا أنه لا تعتبر الإشارة مع القدر على الكتابة فإن ما ذهب إليه ذلك البعض من أصحابنا يكون حينئذٍ مبنياً على رواية الأصل، فما معنى نسبة التوهم إليهم؟ قلت: مراد المصنف بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا أنه لا تعتبر الإشارة مع القدرة على الكتابة أصلاً؛ أي في رواية مّا. ولك أن تقول: يجوز أن يكون نسبة التوهم إليهم بالنظر إلى الدراية دون الرواية تأمل قوله: **(وإذا كانت الغنم مذبوحة وفيها ميتة فإن كانت المذبوحة أكثر تحرّى فيها وأكل، وإن كانت الميتة أكثر أو كان نصفين لم يأكل)** قال في العناية أخذاً من النهاية: طولب بالفرق بين هذا وبين الثياب، فإن المسافر إذا كان معه ثوبان أحدهما نجس والآخر طاهر ولا يميز بينهما وليس معه ثوب غيرهما فإنه يتحرى ويصلي في الذي يقع تحريه أنه طاهر، فقد جوّز التحري هناك فيما إذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين وفي الذكية والميتة لم يجوز. وأجيب بأن وجه الفرق

إشارته بيده أو رأسه، والمتصل بالمتكلم أقرب إليه من المنفصل عنه فكان أولى بالاعتبار. وقوله: **(وكذا الذي صمت يوماً أو يومين)** عطف على قوله ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه: أي لا يجوز إقراره بأن أومأ برأسه أي نعم أو كتب. وقوله: **(وإذا كانت الغنم مذبوحة إلخ)** ظاهر وطولب بالفرق بين هذا وبين الثياب، فإن المسافر إذا كان معه ثوبان: أحدهما نجس والآخر طاهر ولا يميز بينهما وليس معه ثوب غيرهما فإنه يتحرّى ويصلي في الذي يقع تحرّيه أنه طاهر، فقد جوّز التحري هناك فيما إذا كان الثوب النجس والثوب الطاهر نصفين، وفي الذكية والميتة لم يجوّز. وأجيب بأن وجه الفرق هو أن حكم

أولى، غير أنه يتحرى لأنه طريق يوصله إلى الذكية في الجملة فلا يتركه عن غير ضرورة. وقال الشافعي: لا يجوز الأكل في حالة الاختيار وإن كانت المذبوحة أكثر لأن التحري دليل ضروري فلا يصار إليه من غير ضرورة، ولا ضرورة لأن الحالة حالة الاختيار. ولنا أن الغلبة تنزل منزلة الضرورة في إفادة الإباحة؛ ألا ترى أن أسواق المسلمين لا تخلو عن المحرّم المسروق والمغصوب ومع ذلك يباح التناول اعتماداً على الغالب، وهذا لأن القليل لا يمكن الاحتراز عنه ولا يستطاع الامتناع منه فسقط اعتباره دفعاً للحرج كقليل النجاسة وقليل الانكشاف، بخلاف ما إذا كانا نصفين أو كانت الميتة أغلب لأنه لا ضرورة فيه، والله أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب.

هو أن حكم الثياب أخفّ من غيرها، لأن الثياب لو كانت كلها نجسة كان له أن يصلي في بعض ثم لا يعيد صلاته لأنه مضطر إلى الصلاة فيها، بخلاف ما نحن فيه من الغنم، ويؤيده أن الرجل إذا لم يكن معه إلا ثوب نجس فإن كان ثلاثة أرباعه نجساً وربعه طاهر يصلي فيه ولا يصلي عرياناً بالإجماع، فلما جازت صلاته فيه وهو نجس بيقين فلأن تجوز بالتحرّي حالة الاشتباه أولى انتهى. أقول: لا الشبهة شيء ولا الجواب عندي. أما الأول فلأن تجويز التحرّي فيما إذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين إنما هو في حالة الاضطرار بأن لا يكون معه ثوب غيرهما كما صرحوا به، وعمد تجويزه فيما إذا كانت الميتة والذكية نصفين إنما هو في حالة الاختيار كما صرحوا به في شروح الجامع الصغير وصرح به المصنف هنا بقوله وهذا إذا كانت الحالة حالة الاختيار، أما في حالة الضرورة يحلّ له التناول في جميع ذلك فلا تتوجه المطالبة بالفرق بين المسألتين رأساً لظهور اختلاف حكمي حالتي الاختيار والاضطرار قطعاً. وأما الثاني فلأن ما ذكر فيه لا يقتضي كون حكم الثياب أخفّ من حكم غيرها، لأن جواز الصلاة في بعض الثياب عند كون كلها نجسة وعدم لزوم إعادة الصلاة إذ ذاك إنما هو في حالة الاضطرار كما أفصح عنه المجيب بقوله لأنه مضطر إلى الصلاة فيها، وكون ما نحن فيه من الغنم بخلاف ذلك إنما هو في حالة الاختيار كما تحققته، فمن أين يثبت كون حكم الثياب أخّف من حكم غيرها مطلقاً حتى يصلح أن يجعل مدار الفرق بين تينك المسألتين.

قال مؤلف الكتاب رحمه الله

هذا آخر ما تيسر لنا من شرح الهداية بتوفيق من الله وهداية، ألفته مع توزّع الخاطر وتشتت البال من تراكم الهموم وكثرة البلبال، وسميته: (نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار) لاشتماله على ثلاثة من التصرفات التي لم يسبقني إليها أحد من الثقات، ذلك فضل الله يؤتيه من يشاء، فله الحمد والمنة وله الكبرياء، ربنا آتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقنا عذاب النار، ربنا فاغفر لنا ذنوبنا وكفر عنا سيئاتنا وتوفنا مع الأبرار، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه والأنصار. تم.

الثياب أخف من غيرها لأن الثياب لو كانت كلها نجسة كان له أن يصلي في بعضها ثم لا يعيد صلاته لأنه مضطر إلى الصلاة فيها، بخلاف ما نحن فيه من الغنم. ويؤيده أن الرجل إذا لم يكن معه إلا ثوب نجس، فإن كان ثلاثة أرباعه نجساً وربعه طاهر يصلي فيه، ولا يصلي عرياناً بالإجماع، فلما جازت صلاته فيه وهو نجس بيقين فلأن تجوز بالتحري حالة الاشتباه أولى، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فهرس تكملة شرح فتح القدير
للإمام كمال الدين السيواسي



كتاب الكراهية

كتاب إحياء الموات

كتاب الأشربة

كتاب الصيد

كتاب الرهن

كتاب الجنايات

كتاب الديات

كتاب المعاقل

كتاب الوصايا

كتاب الخنثى